

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES RECOURS

AU PROFIT

DU CONCESSIONNAIRE DE SERVICE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 5 novembre 1912, à 1 heure 1/2

PAR

L. CHABANNE

Président : M. RENÉ JACQUELIN, professeur.

Suffragants : { *MM. LARNAUDE, professeur.*
SOUCHON, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

—
1912

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les
thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES RECOURS

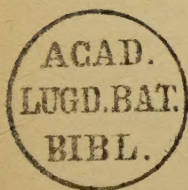
AU PROFIT

DU CONCESSIONNAIRE DE SERVICE PUBLIC

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE ET SOUTENUE

Le mardi 5 novembre 1912, à 1 heure 1/2,



PAR

L. CHABANNE

Président : M. RENÉ JACQUELIN, professeur.

Suffragants : { MM. LARNAUDE, professeur.
SOUCHON, professeur.

LIBRAIRIE

DE LA SOCIÉTÉ DU

RECUEIL SIREY

22, Rue Soufflot, PARIS-5^e

L. LAROSE & L. TENIN, Directeurs

1912

DES RECOURS

AU

PROFIT DU CONCESSIONNAIRE DE SERVICE PUBLIC

INTRODUCTION

Le développement considérable pris depuis quelques années par les divers services publics concédés (services de transport, services d'eau et d'éclairage), leur rôle de plus en plus important dans la vie économique et même dans la sécurité de la nation ont amené l'État ou ses démembrements à intervenir d'une façon de plus en plus étroite dans le fonctionnement de ces services.

Cette intervention se manifeste tantôt d'une manière indirecte, la puissance publique édictant une mesure d'ordre général qui a pour conséquence de rendre plus lourdes les charges du concessionnaire, tantôt d'une manière directe, l'autorité concédante usant de ses pouvoirs réglementaires ou des droits qu'elle s'est réservés par le contrat de concession pour imposer de nouvelles obligations, soit à une catégorie de concessionnaires, soit à un concessionnaire individuellement visé, ou rendre plus onéreuses leurs obligations existantes.

Nous n'indiquerons qu'à titre accessoire quelle est, selon nous, la limite du pouvoir réglementaire d'intervention de l'autorité concédante et quels sont les recours ouverts au profit du concessionnaire au cas où cette limite aurait été dépassée. L'objet principal de cette étude est de rechercher quelles répercussions le contrat passé entre l'autorité concédante et le concessionnaire peut exercer sur les pouvoirs d'intervention de cette autorité dans le service concédé ; c'est-à-dire, d'une part, dans quelle mesure l'autorité concédante peut, par le contrat, aliéner l'exercice de ses pouvoirs réglementaires d'intervention ou, au contraire, se réserver des droits nouveaux d'intervention ; d'autre part, quels sont les recours ouverts au profit du concessionnaire au cas où ces pouvoirs ou ces droits seraient exercés à l'encontre ou en dehors des prévisions du contrat.

Notre étude sera exclusivement basée sur la jurisprudence. Toutefois nous ne rechercherons pas quelles sont les solutions données par cette jurisprudence dans tous les cas d'espèces qui ont pu se présenter. A propos de chacune des matières qui seront traitées ci-après, nous examinerons un cas particulier, pris à titre d'exemple ; de l'examen de ce cas nous nous efforcerons de dégager les principes généraux qui inspirent la jurisprudence dans l'examen des cas analogues ; nous rechercherons enfin si, de l'ensemble de ces solutions, il n'est pas possible de dégager une théorie générale du contrat de concession, susceptible de servir de guide dans l'appréciation des nouveaux cas d'espèces qui peuvent se présenter dans la pratique.

CHAPITRE PREMIER

Principes généraux du contentieux des recours en indemnité contre un patrimoine adminis- tratif.

Fondement de la responsabilité des patrimoines administratifs

Dans la première moitié du siècle dernier, les commentateurs du Code civil assignaient d'une façon générale comme fondement à la responsabilité des patrimoines administratifs à raison des actes de l'Administration les règles du Code civil, et particulièrement les articles 1382 et suivants (1).

Cette doctrine fut, à un moment, consacrée par la jurisprudence de la Cour de cassation (2), mais, peu à peu, nombre de cas se révélèrent dans lesquels il apparut que l'application de ces règles n'allait pas sans quelques difficultés d'ordre pratique et d'ordre théorique et que des distinctions s'imposaient entre les divers actes des autorités administratives.

M. Laferrière, dans son *Traité de la Juridiction*

1. Demolombe. *Cours de Code civil*, t. XXI, p. 553. Aubry et Rau. *Cours de Code civil*, t. IV, p. 761.

2. Cass.. 1^{er} avril 1845, S. 45.1.363 ; 19 décembre 1854, S. 55.1.266.

Administrative(1), s'éleva énergiquement contre l'application des règles du Code civil aux cas de dommages causés par les personnes publiques. Pour lui, le mot « homme » employé par les rédacteurs de l'article 1382 n'a pas pu, dans l'esprit de ces rédacteurs, désigner une Administration, pas plus que les mots « commettants » et « préposés » de l'article 1384 n'ont pu s'appliquer aux rapports existant entre l'État et ses fonctionnaires.

Si l'application des règles du Code civil, ajoute-t-il, peut se concevoir aux cas de dommages causés par les actes accomplis par les personnes publiques dans la gestion de leur domaine privé, parce que ces actes sont, en somme, semblables à ceux que les particuliers peuvent accomplir dans la gestion de leur propre patrimoine, il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'actes accomplis dans la gestion des services publics ou dans l'exercice des pouvoirs de commandement, qui excèdent les facultés des simples citoyens, et doivent, à ce titre, être soustraits aux règles applicables à ces derniers dans leurs rapports entre eux. Les seuls dommages que l'Administration se trouverait légalement tenue de réparer seraient ceux causés par la personne publique dans la gestion de son domaine privé. En ce qui concerne les dommages causés par elle dans la gestion d'un service public ou dans l'exercice de ses pouvoirs de commandement, le principe serait l'irresponsabilité des patrimoines administratifs. Sans doute, dans certains cas, le citoyen lésé pourra obtenir une indemnité,

1. Tome I, p. 677.

mais en vertu seulement des principes supérieurs d'équité et non en vertu des règles du Code civil qui ne sont applicables que dans les rapports de particulier à particulier.

Cette solution a été adoptée par le tribunal des conflits dans le célèbre arrêt Blanco du 8 février 1873(1).

D'après cet arrêt, « la responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; — cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

Ces principes inspirent encore actuellement le Conseil d'État dans l'examen des cas qui lui sont soumis. Il s'est ainsi formé dans le sein de cette assemblée une jurisprudence purement prétorienne qui n'est guidée par aucun texte, mais qui, étant donné le haut esprit de justice dont sont empreintes les décisions du Conseil d'État, aboutit dans la pratique à des solutions qui, dans leur ensemble, donnent pleine satisfaction aux sentiments d'équité.

Cette jurisprudence comporte cependant les inconvénients inhérents à sa qualité de droit prétorien, c'est-à-dire l'instabilité et surtout l'incertitude qu'elle laisse sur les droits de chacun. De nombreux auteurs se sont sans doute efforcés de dégager de l'amas con-

1. S. 1873, 2, 153.

fus de décisions rendues sur la matière, une théorie générale du fondement de la responsabilité des personnes publiques, qui puisse servir de guide dans l'appréciation des cas d'espèces ; il ne semble pas que ces efforts aient abouti. De toutes les solutions du problème qui ont été proposées, aucune d'elles ne peut le résoudre dans son ensemble ; chacune laisse en dehors d'elle de nombreuses décisions, dont certaines ne peuvent être rattachées à aucun système. Cela se conçoit aisément si l'on tient compte que le Conseil d'État, qui juge, en cette matière, en équité, cherche plutôt dans les circonstances de la cause que dans les principes juridiques la solution de chaque espèce. D'ailleurs, le fait que ses arrêts sont, en général, très succinctement motivés rend assez indécis le point de savoir par quel principe il a été inspiré dans ses décisions.

En vue de remédier à cette incertitude, certains auteurs ont proposé divers systèmes tendant à assigner à la responsabilité des patrimoines administratifs une base plus stable et surtout plus précise que les principes de l'arrêt Blanco.

La théorie civiliste de l'application des articles 1382 et suivants du Code civil a été reprise par un certain nombre d'entre eux (1), tempérée par la distinction des actes des autorités administratives en actes d'autorité et actes de gestion, cette application étant limitée aux seuls actes de gestion. Ces derniers actes, disent ces auteurs, étant semblables à ceux que les

1. Berthélemy. *Traité élémentaire de droit administratif*, 5^e édition, p. 76 et s. ; Michoud. *Traité de la personnalité morale*. . .

particuliers peuvent accomplir dans la gestion de leur propre patrimoine, il n'y a aucune raison de les soustraire à l'application du droit commun qui, dans notre législation, est le droit civil.

Nous verrons que la jurisprudence a complètement abandonné cette distinction. Nous ne pouvons donc la prendre en considération dans une étude exclusivement basée sur la jurisprudence.

D'après M. Teissier(1), deux principes doivent pouvoir guider la jurisprudence dans la détermination des cas dans lesquels la responsabilité de l'État ou de ses démembrements sera susceptible d'être engagée.

Le premier trouve sa base juridique dans l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, c'est que les citoyens ne doivent pas souffrir plus les uns que les autres des charges imposées par l'intérêt de tous.

Le second principe, qui tempère et limite le premier, c'est que « les nécessités de la vie en société et l'existence même de l'État imposent à tous les citoyens, parce que tous profitent de l'organisation de ses services, l'obligation de supporter sans indemnité, à moins que le législateur en ait décidé autrement, toutes les conséquences dommageables résultant de l'exercice légal et régulier de la puissance publique et du fonctionnement normal des services d'intérêt général ».

Le principe de l'égalité de tous devant les charges publiques est un principe que doit s'efforcer de mettre en pratique, dans la mesure du possible, le législateur, mais que le juge ne peut appliquer en l'absence

1. Teissier. *La responsabilité de la puissance publique*, p. 177 et s.

d'un texte de loi. Il n'y a pas une mesure administrative qui retombe d'une façon égale sur tous les citoyens. Dans quel cas y aura-t-il droit à indemnité ? C'est là une question que le principe posé ne suffit pas à résoudre. On en cherche généralement la solution dans la notion de ce que l'on a appelé le « préjudice spécial » qui seul pourrait engager la responsabilité de la puissance publique. Suivant la plupart des auteurs, ce préjudice serait un préjudice anormal par son importance, et portant atteinte à un droit.

D'après M. le Professeur Hauriou (1), ce n'est pas dans les principes du droit public qu'il faut aller rechercher le fondement de la responsabilité des patrimoines administratifs : nous sommes ici en matière d'obligations pécuniaires, il nous faut donc des causes d'obligation qui soient admises par les traditions du commerce pécuniaire. Ces causes d'obligation seront, suivant les cas, la faute de l'Administration, ou l'enrichissement sans cause, ou la gestion d'affaires. Ces faits seront la base de l'indemnité ; une autre base pourra être recherchée dans une définition plus précise du préjudice spécial, et M. Hauriou donne, à son tour, une définition du préjudice spécial.

Dans les théories de MM. Teissier et Hauriou, l'idée de faute ou de quasi-délit est inséparable de l'idée de responsabilité. Il en résulte que la responsabilité des patrimoines administratifs ne devrait jamais être mise en cause, sans qu'une faute puisse être reprochée à l'Administration. Ce système peut aboutir à

1. Hauriou. *Précis de droit administratif*, éd. 1911, p. 476 et suiv.

des conséquences iniques. D'autre part, la notion de faute ne se conçoit pas toujours très bien, appliquée à l'État ou ses démembrements : on ne voit pas comment on peut imputer à faute à la puissance publique le fait de prendre une mesure qui doit être domageable à quelques-uns, si cette mesure est commandée par l'intérêt public ; et cependant il peut paraître équitable dans certains cas que réparation soit accordée à ceux qui doivent en pâtir.

Ce sont ces considérations qui ont donné naissance à une théorie nouvelle, d'origine allemande, qui, au cours de ces dernières années, a fait de nombreux adeptes parmi les auteurs français : la théorie du risque. Cette théorie peut se formuler ainsi (1) : il y a dans notre monde social des organismes fonctionnant tout à fait régulièrement et légalement et qui, cependant, ne peuvent réaliser leur but qu'en causant certains dommages. Le dommage se trouve, dans ce cas, causé par un fait parfaitement licite, accompli en vertu d'un droit, mais c'est un fait qui, tout en étant licite, est aux risques et périls de celui qui en court l'aventure. Il est juste, en pareil cas, que le dommage reste à la charge de la personne ou de la collectivité au profit de laquelle fonctionne le risque.

C'est cette théorie qui a inspiré la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. On a proposé de l'étendre au cas de dommages causés par une opération administrative, lorsque ces dommages étaient inévitables du moment que cette opération était entreprise.

1. V. Saleilles, *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1905, p. 325 et suiv.

Le Conseil d'État a fait un pas dans cette voie, avant même le vote de la loi du 9 avril 1898, en admettant le droit à indemnité au profit d'un ouvrier blessé dans un arsenal alors qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à l'État (1).

Ce qui a été dit ci-dessus du principe de l'égalité des charges peut s'appliquer à la théorie du risque administratif : le législateur peut s'en inspirer ; elle ne peut s'imposer au juge en l'absence d'un texte de loi (2).

D'autre part, l'une et l'autre de ces théories ont le grave inconvénient de pouvoir s'appliquer à tous les cas de dommages causés par la puissance publique, sans distinction dans leur nature ou dans leur importance. Or il est bien évident que ces dommages ne peuvent donner lieu à réparation que s'ils atteignent une certaine importance et s'ils dépassent les limites de la gêne que doivent pouvoir subir les citoyens comme inhérente à l'état de vie collective dans lequel ils se meuvent.

Au contraire, les théories qui considèrent que l'idée de faute est inséparable de l'idée de responsabilité sont trop restrictives, car il y a des cas dans lesquels la réparation du dommage pourra paraître équitable bien qu'aucune faute ne puisse être reprochée à la puissance publique.

Aucun de ces systèmes ne nous paraît donc pouvoir être admis et en fait il ne semble pas que le

1. C. d'Etat, 21 juin 1895. *Rec. Lebon.* p. 509.

2. M. le Professeur Planiol a présenté d'une façon remarquable la critique de cette théorie dans la *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1905, p. 277.

Conseil d'État se soit jusqu'ici inspiré de l'un d'eux. Il rend des décisions d'espèces, en cherchant, dans chaque affaire, suivant les termes de l'arrêt Blanco, à « concilier les droits de l'État avec les droits privés ». Ainsi que le fait remarquer M. le Professeur Jèze, (1) il ne faut pas chercher dans la jurisprudence actuelle du Conseil d'État d'autre fondement à la responsabilité de la puissance publique que le fait d'un préjudice *anormal* et *non justifié*

La notion du « préjudice spécial », qui limite l'application de toutes les théories exposées ci-dessus, se suffit donc à elle-même, sans qu'il soit besoin de faire intervenir d'autres principes, pour expliquer les solutions données par le Conseil d'État en matière de responsabilité de la puissance publique à raison de ses faits ou de ses actes.

Dans l'étude qui va suivre, nous rechercherons tout d'abord quels sont les actes des diverses autorités administratives susceptibles de recours en indemnité, nous rechercherons ensuite quelles sont, dans les situations contractuelles, les conditions générales d'ouverture de ce recours. Nous ferons enfin l'application au contrat de concession des règles générales que nous nous serons ainsi efforcés de dégager.

Des actes des autorités administratives susceptibles de recours en indemnité

Il est intéressant de retracer l'évolution de la jurisprudence sur cette question : l'étude de cette évolution révèle de la part du Conseil d'État une tendance

1. *Revue du Droit public*, 1907, p. 244.

nettement marquée à admettre dans des cas de plus en plus nombreux la responsabilité des patrimoines administratifs.

Depuis 1882 jusqu'à ces dernières années, toute la jurisprudence du Conseil d'État reposait sur la distinction des actes de l'autorité administrative en *actes de gestion* et *actes d'autorité* : les premiers pouvaient, dans certains cas, engager la responsabilité de l'Administration ; les seconds ne le pouvaient jamais : les torts du souverain ne se réparent pas. Les Administrations n'avaient donc à répondre des actes d'autorité de leurs fonctionnaires, même illégaux, que dans les hypothèses où la loi avait prévu et organisé cette responsabilité. Aux demandes en indemnité contre un acte de cette nature qui étaient introduites devant lui, le Conseil d'État opposait, sans même les examiner au fond, une fin de non-recevoir absolue, tirée du caractère d'acte de puissance publique de l'acte litigieux.

Cette jurisprudence trouve sa dernière expression dans les arrêts Lepreux (13 janvier 1899) (1) et Adda (15 décembre 1899) (2).

Le premier de ces arrêts était ainsi motivé : « Considérant qu'il est le principe que l'État n'est pas, *en tant que puissance publique*, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ses agents... »

Ce système aboutissait, dans bien des cas, à des conséquences iniques et de nombreux auteurs fai-

1. *Rec.*, p. 17.

2. *Rec.*, p. 734.

saient remarquer que si la distinction sur laquelle il était basé, séduisante au premier abord, fournissait un moyen commode de résoudre, en théorie, bien des problèmes juridiques, elle ne correspondait en rien à la réalité des faits. Jamais, en effet, sauf en ce qui concerne la gestion de leur domaine privé, l'État ou ses démembrements n'opèrent dans des conditions semblables à celles dans lesquelles opèrent les simples particuliers. A tous leurs actes, quels qu'ils soient, se mêlent une notion d'intérêt public, une idée de puissance publique, impliquant l'exercice de pouvoirs exceptionnels et exorbitants du droit commun. La notion de puissance publique et la notion de gestion, bien loin de s'opposer l'une à l'autre, se pénètrent et se confondent dans la réalité des faits : bien souvent la police et la gestion se manifestent par un seul et même acte ; tout fonctionnement d'un service public implique l'exercice de pouvoirs de police (1).

De là vient la difficulté, pour ne pas dire l'impossibilité, de classer d'une façon certaine tel acte déterminé dans l'une ou l'autre catégorie. Les auteurs eux-mêmes qui admettent la distinction ne sont plus d'accord lorsqu'il s'agit de faire cette classification.

Ainsi que le faisait remarquer M. le Commissaire du gouvernement Romieu, « les mots actes de police, mesures de police, sont beaucoup trop élastiques ; l'on peut y faire rentrer tout le droit administratif :

1. Hauriou. *Précis de droit administratif*, p. 264 ; Teissier. *La responsabilité de la puissance publique*, p. 157 et suiv. ; Henri Ripert. Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion. *Revue du Droit public*, 1905, p. 5 et s.

il y a la police des cours d'eau, de la voirie, des ports, de la défense nationale, des cultes, des établissements insalubres, de l'industrie, de la sécurité, de la santé publique, etc... » (1).

Tout en admettant le principe de l'irresponsabilité de « l'État puissance publique », le Conseil d'État commença par corriger ce qu'il pouvait y avoir de trop inique dans l'application de ce principe au moyen de la théorie du *détournement de pouvoirs*. D'après cette théorie, lorsqu'une autorité administrative a usé de ses pouvoirs dans un but autre que celui en vue duquel ils lui ont été conférés, l'acte accompli dans ces conditions peut être annulé par la voie du recours pour excès de pouvoir ; il peut, en outre, donner lieu, dans certains cas, à des dommages-intérêts au profit de celui pour qui il en est résulté un préjudice.

C'est ainsi que le Conseil d'État admit tout d'abord que les actes accomplis par une Administration dans l'exercice de ses pouvoirs de police pouvaient engager sa responsabilité lorsque, nonobstant leurs formes, ils avaient, en réalité, pour but de favoriser les intérêts pécuniaires de cette Administration (2).

Cette théorie fournissait au Conseil d'État un moyen commode de repousser le principe de l'irresponsabilité dans les cas où son application eût été trop manifestement contraire à l'équité. Il semble même que la haute assemblée ait étendu au-delà des limi-

1. Conclusions dans l'affaire Tomaso Grecco ; C. d'État, 10 février 1905, *Rec.*, p. 139.

2. C. d'État, 5 avril 1889, D., 90.3.172 ; 11 mars 1898, *Rec.*, p. 218.

tes qui auraient dû logiquement lui être assignées cette notion du détournements de pouvoirs (1).

Le cas de détournement de pouvoirs est certainement un cas d'illégalité. Il en est de même du cas d'abus de droit qui lui est assimilé par certaines décisions : les droits accordés aux diverses autorités administratives ne sont pas en effet absolus, ils sont enfermés dans certaines limites ; dès que ces limites sont dépassées, on peut dire que l'acte accompli dans ces conditions est accompli en dehors du droit, il est illégal.

Mais il y a deux façons pour un acte d'être illégal : un acte est illégal soit parce qu'il a été accompli par une autorité autre que celle qui avait le pouvoir de l'accomplir, ou en vue d'un objet autre que celui en vue duquel il a été prévu ; soit parce qu'il n'a pas été accompli dans les formes voulues. Le Conseil d'État

1. Voir C. d'État, 27 février 1903 (Zimmermann), *Rec.*, p. 178. L'acte dommageable en l'espèce était l'acte d'un préfet faisant enlever une clôture en exécution d'un arrêté du Conseil de préfecture frappé d'appel, puis annulé par le Conseil d'État. Le préfet agissait bien ici en vertu de ses pouvoirs de police et conformément à l'article 49 de la loi du 22 juillet 1889 rendant exécutoires, nonobstant appel, les arrêtés des Conseils de préfecture. Le Conseil d'État n'en a pas moins condamné l'État à des dommages-intérêts envers les requérants, l'acte du préfet faisant partie « d'un ensemble de mesures abusives prises dans le but d'arriver à l'incorporation dans le domaine public d'une sablière » appartenant aux requérants.

On ne voit pas en quoi consiste ici le détournement de pouvoirs, le droit de faire exécuter un jugement étant accordé au préfet, comme à toute autre partie, d'une façon générale et non en vue d'un objet déterminé. Accorder une indemnité à la partie contre laquelle a été exécuté un jugement, lorsque ce jugement est réformé en appel, équivaut à rendre l'appel suspensif, c'est-à-dire à supprimer tout effet à la loi qui rend exécutoire le jugement de première instance,

admettant, en fait, au moyen de la théorie du détournement de pouvoirs, la responsabilité de « l'État puissance publique » dans le premier cas, il n'y avait qu'un pas à franchir pour l'admettre également dans le second cas, les deux situations étant identiques.

Cepas fut franchi par l'arrêt *Le Berre* (29 mai 1903)(1). Il s'agissait, dans cette espèce, d'une demande d'indemnité introduite par un fonctionnaire à raison d'une mesure disciplinaire qui l'avait frappé et qui était entachée de vice de forme. Le ministre intéressé avait opposé à cette requête une fin de non recevoir tirée, prétendait-il, des principes généraux de notre droit public, en vertu desquels l'État ne saurait être rendu pécuniairement responsable des conséquences dommageables résultant des actes de puissance publique. Le Conseil d'État refusa d'admettre cette fin de non recevoir et consentit à examiner l'affaire au fond.

Par cet arrêt, le Conseil d'État se reconnaissait ainsi, d'une façon absolue, le pouvoir d'examiner au fond les demandes en indemnité contre tout acte *illégal* de l'autorité administrative quelle que soit la nature de cet acte. Dans l'arrêt précité, en effet, il ne s'agit plus d'un acte ayant eu pour but de favoriser les intérêts pécuniaires d'un patrimoine administratif; il ne s'agit plus d'une opération économique entreprise sous le couvert d'un acte d'autorité; nous sommes bien en présence d'un acte dit « de puissance publique » dans lequel ne se mêle aucune notion de gestion.

1. *Rec.*, p. 414. Voir les très intéressantes conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Teissier.

Par un arrêt du 11 décembre 1903 (Villenave) (1), le Conseil d'État accentue encore son évolution vers l'extension de la responsabilité de la puissance publique en reconnaissant le droit à indemnité en faveur d'un particulier *même contre un acte légal*, mais non justifié au fond, de l'autorité administrative agissant dans l'exercice de ses pouvoirs de police. Dans l'arrêt Villenave, en effet, rendu comme le précédent sur conclusions conformes de M. le Commissaire du gouvernement Teissier (2), il s'agissait encore d'une demande en indemnité introduite par un fonctionnaire municipal à l'occasion d'un arrêté de licenciement pris à son égard par le maire de la commune intéressée. Toutefois cet arrêté était régulier en la forme ; le Conseil d'État n'en a pas moins consenti à examiner la requête au fond. Il l'a d'ailleurs repoussée, mais pour des motifs tirés uniquement du fond, et après avoir rejeté la fin de non recevoir tirée du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique qui avait été opposée par le maire à la demande du fonctionnaire municipal.

Depuis cet arrêt, on peut dire que le Conseil d'État a complètement abandonné la distinction des actes de l'Administration en actes d'autorité et actes de gestion ; les uns comme les autres peuvent faire l'objet de recours en indemnité, régis par les principes tirés de l'arrêt Blanco. Le Conseil d'État n'a plus jamais opposé aux demandes en indemnité de fins de non

1. *Rec.*, p. 767.

2. Voir ces conclusions, *Rec.*, p. 767.

recevoir tirées du principe de l'irresponsabilité de la puissance publique (1).

Cependant, il y avait encore, jusqu'à ces dernières années, deux catégories d'actes administratifs qui étaient soustraits à toute espèce de recours : les actes dits de gouvernement et les règlements d'administration publique.

Le principe de l'irresponsabilité de la puissance publique subsiste encore pour les actes de gouvernement quoique le nombre des actes rentrant dans cette catégorie ait été de plus en plus restreint par le Conseil d'État qui ne reconnaît plus guère ce caractère qu'aux actes diplomatiques.

En ce qui concerne les règlements d'administration publique, ils étaient considérés comme participant du caractère souverain de la loi, en vertu de laquelle ils sont pris. Un arrêt du 6 décembre 1907, (2) rendu sur le recours des grandes Compagnies de chemins de fer contre le décret du 1^{er} mars 1901, a admis que ces règlements pouvaient faire l'objet des mêmes recours que les autres actes des autorités administratives et par conséquent du recours en indemnité.

Aujourd'hui le recours en indemnité est donc ouvert contre tous les actes, quels qu'ils soient, de l'autorité administrative, sauf une seule exception concernant les actes dits de Gouvernement. Nous verrons plus loin que l'évolution du Conseil d'État dans le

1. Voir notamment : C. d'État, 10 février 1905, (Tomaso Grecco) et conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu. *Rec.* p. 139 ; 15 février 1907 (Lacourte), *Rec.* p. 156.

2. Voir cet arrêt et conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu, *Gazette des Tribunaux*, 23, 24 et 25 décembre 1907

sens de l'extension de la responsabilité de la puissance publique se poursuit actuellement au delà du domaine des actes administratifs dans le domaine de la loi elle-même.

Conditions générales d'ouverture du recours en indemnité

A quelles conditions le droit à indemnité peut-il être reconnu à raison de dommages causés par un acte de l'autorité administrative ?

D'après M. le professeur Hauriou, (2) il faut que l'acte qui a causé le dommage constitue une « opération économique », peu importe d'ailleurs la nature de cet acte, législatif ou réglementaire.

Il faut, en outre, que le préjudice subi soit un « préjudice spécial ». Ce préjudice n'a d'ailleurs besoin d'être spécial que dans les situations extracontractuelles, car, dans les situations contractuelles, c'est par rapport aux stipulations du contrat que le préjudice s'apprécie et l'on peut dire que, dans ce cas, il est toujours spécial, en ce sens que la victime, par le contrat même, se trouve toujours placée dans une situation spéciale vis-à-vis de l'Administration.

Cette théorie nous semble trop absolue. Nous avons vu en effet que le Conseil d'État reconnaît le droit à indemnité dans des cas où l'acte dommageable ne constitue, en aucune façon, une opération patrimoniale (Arrêt Villenave, 11 déc. 1903).

2. Hauriou, *op. cit.*, p. 480 et suiv.

Ce n'est pas dans la nature de l'acte qu'il faut rechercher les conditions d'ouverture du droit à indemnité, mais *uniquement* dans la nature du préjudice subi.

Nous ne ferons pas cette recherche en ce qui concerne les situations extracontractuelles. En ce qui concerne les situations contractuelles, il est bien évident que le préjudice ne peut s'apprécier que d'après les stipulations du contrat; on ne peut donc formuler de règles précises s'appliquant à toutes les situations contractuelles; chaque variété de contrat sera, en cette matière, régie par des règles spéciales à elle propres et ce sont ces règles spéciales que nous nous proposons d'étudier en ce qui concerne le contrat de concession.

CHAPITRE II

Recours au profit du concessionnaire à l'occasion d'un acte de l'autorité administrative portant atteinte aux droits qu'il tire de son contrat.

Remarque préliminaire. — Distinction du contentieux de la réglementation du contentieux du contrat.

Les rapports entre l'autorité concédante et le concessionnaire sont régis par des dispositions légales ou réglementaires d'une part, par des dispositions contractuelles d'autre part.

En vertu des pouvoirs qu'elle tire de la loi ou du règlement, l'autorité concédante peut imposer certaines obligations au concessionnaire, elle peut intervenir dans le fonctionnement du service public concédé et son intervention se manifeste ici, comme dans toutes les branches de l'activité administrative, par des décisions exécutoires pour le concessionnaire et pour le public.

S'agit-il d'examiner en elle-même, abstraction faite de tout contrat, la *légalité* de ces décisions tant au point de vue de leur forme ou de la compétence de l'autorité qui les a prises, qu'au point de vue du fond ? Tel est l'objet du contentieux de la réglementation dont la forme normale est le recours pour excès de

pouvoir qui tend exclusivement à l'annulation de la décision attaquée.

Mais l'intervention de l'autorité administrative, basée sur son pouvoir réglementaire, bien que régulière en elle-même, peut causer un dommage au concessionnaire en lui imposant des obligations nouvelles non prévues par le contrat ou en rendant plus onéreuses ses obligations existantes.

S'agit-il d'examiner les répercussions que les stipulations du contrat peuvent avoir sur l'exercice de ce pouvoir de réglementation? Tel est l'un des objets du contentieux du contrat.

D'autre part, l'autorité concédante a pu, par le contrat, se réserver le droit d'intervenir dans le fonctionnement du service public dans des cas non prévus par les lois et règlements en vigueur. C'est ainsi que, dans les concessions de chemins de fer, elle se réserve le droit d'arrêter le nombre et l'emplacement des stations ou haltes de voyageurs et de prononcer certaines sanctions contre le concessionnaire qui n'exécute pas ses obligations. Ici encore, son intervention se manifeste par voie de décision exécutoire.

S'agit-il d'examiner la validité au fond ou dans la forme de cette intervention opérée par l'Administration en vertu des droits qu'elle tire du contrat? Tel est l'autre objet du contentieux du contrat.

Dans le premier cas, le recours du concessionnaire peut tendre soit à l'annulation de la décision prise à l'encontre des prescriptions du contrat, soit à l'obtention d'une indemnité, soit enfin à la résiliation du contrat à son profit.

Dans le second cas, il tend à l'annulation de la décision attaquée et, s'il y a lieu, à l'obtention d'une indemnité.

Dans l'un et l'autre cas, le litige est porté devant le juge du contrat qui l'examine exclusivement eu égard aux stipulations de ce contrat. Le recours en annulation dont il s'agit ici ne doit pas être confondu avec le recours pour excès de pouvoir qui, lui, est toujours déferé au Conseil d'État et n'est ouvert que pour violation de la loi ou des règlements, mais jamais pour violation du contrat.

Telles sont dans leur ensemble les solutions qui semblent se dégager des décisions les plus récentes du Conseil d'État (1). Il nous a paru utile, avant d'entrer dans les détails de ces solutions et afin d'en faciliter l'examen, d'en dégager l'esprit.

Le contentieux du contrat fera seul l'objet de cette étude.

A) ACTES PRIS VIS À VIS D'UN TIERS EN VIOLATION D'ENGAGEMENTS CONTRACTÉS ENVERS LE CONCESSIONNAIRE.

Le cas-type qui sera seul examiné dans ce chapitre, à titre d'exemple, est celui où l'autorité concédante a pris explicitement ou implicitement envers le concessionnaire l'engagement de ne favoriser aucune entreprise concurrente et où elle agit à l'en-

1. V. Conseil d'État : 4 août 1905, *Rec.*, p. 770 ; 6 déc. 1907, *Rec.*, p. 913 ; 4 février 1910, *Rec.*, p. 98 ; 11 mars 1910, *Rec.*, p. 216.

contre de cet engagement. Les solutions qui seront indiquées pour ce cas s'appliqueront à tous les cas de même nature qui pourront se présenter dans la pratique.

Les questions qui se posent à propos de ces engagements sont les suivantes : Dans quelle mesure l'autorité contractante peut-elle ainsi, par le contrat, lier l'exercice de ses pouvoirs de police ? Quelles sont les sanctions dont peut disposer contre elle le concessionnaire au cas de violation d'engagements contractés valablement ; quel sera notamment le sort de l'acte pris en violation de ces engagements ?

Aussi longtemps que l'on a considéré le domaine de la police et le domaine de la gestion comme séparés par une sorte de cloison étanche, aussi longtemps que la jurisprudence a opposé une fin de non recevoir absolue aux actions en indemnité introduites contre un acte dit d'autorité, ces questions ne pouvaient se poser : l'autorité contractante ne pouvait disposer des pouvoirs de police dont étaient investies les diverses autorités administratives, ni prendre des engagements relatifs à leur exercice, puisque ces pouvoirs ne lui appartenaient pas. L'atteinte portée à un contrat par voie d'autorité ne pouvait donc, en aucun cas, ni donner lieu à indemnité au profit du cocontractant de l'Administration, ni faire annuler l'acte pris en violation de ce contrat.

Sous l'influence de nécessités pratiques, la jurisprudence a dû peu à peu se départir de cette rigueur. De même que la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion, la distinction entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion devait

conduire à des solutions trop manifestement iniques pour que la jurisprudence ne l'abandonnât pas. Pas plus que la première elle ne correspond d'ailleurs à la réalité des faits. L'État n'est autre chose que la collectivité nationale organisée et cette collectivité est toujours la même, quelle que soit la forme sous laquelle se manifeste son activité. On ne peut considérer comme personnes distinctes ni les différents services de l'État, ni même les trois pouvoirs qu'il exerce, dans la théorie classique, par des organes différents ; a fortiori ne peut-on concevoir que le même organe soit considéré comme personne distincte selon qu'il agit en vertu de tel ou tel pouvoir.

Le même raisonnement s'applique au département et à la commune. Ainsi que l'a fort bien fait remarquer M. Henri Ripert (1), « le pouvoir contractant, c'est la commune personne publique agissant par ses organes, et la puissance publique c'est encore la commune personne publique agissant par ces mêmes organes ou d'autres, peu importe, car l'acte est, dans tous les cas, un acte de la commune. Lorsque, par conséquent, la commune, autorité contractante, a pris, relativement à la police, un engagement par l'intermédiaire de ses organes, elle doit le respecter même lorsqu'elle agit par l'intermédiaire d'organes qui exercent les droits de police ; si elle ne le respecte pas, on comprend qu'elle puisse être condamnée à une réparation pécuniaire, car c'est elle, en réalité, qui a agi dans les deux cas et on ne peut admettre qu'elle vienne violer, sous prétexte d'acte d'autorité, un en-

1. Henri Ripert, Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion ; *Revue du Droit public*, 1905, p. 5 et s.

gagement pris à titre d'acte de gestion et méconnaître des droits reconnus par elle-même. »

*
* *

C'est d'abord dans la matière des concessions de bacs et de ponts à péage que s'est posée la question des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion. Dès le début, le Conseil d'État admit, sans difficultés, que l'Administration pouvait être condamnée à des dommages-intérêts envers son cocontractant si elle contrevenait, même par mesure de police, aux engagements explicites ou implicites qu'elle avait souscrits à son égard.

C'est ainsi qu'il accorda des indemnités au cas de changement de tracé d'une route pour le service de laquelle le pont avait été construit (1).

L'Administration, en concédant un pont à péage, s'engageait expressément par le contrat à ne pas en concéder d'autres dans un certain rayon limitrophe autour du pont à construire. Il arrivait qu'au bout d'un certain temps, en vue de satisfaire aux besoins grandissants de la circulation, elle contrevenait à ses engagements en faisant des concessions concurrentes. Le Conseil d'État admit en pareil cas un droit à indemnité au profit des concessionnaires en faveur de qui avaient été souscrits les dits engagements (2).

Dans cette hypothèse, il s'agit de la violation du contrat par un autre contrat, c'est-à-dire par un acte

1. C. d'État, 27 avril 1850, *Rec.*, p. 407.

2. C. d'État : 26 mai 1853, D. 54.3.55 ; 16 juillet 1857, *Rec.*, p. 550 ; 20 mai 1858, *Rec.*, p. 570.

de gestion : aucun principe ne s'opposait donc à l'allocation de dommages-intérêts. D'autre part le second contrat ne pouvait être annulé, le premier concessionnaire, tiers à ce contrat, n'ayant à cet effet aucune action.

Mais la jurisprudence ne tarda pas à accorder des indemnités même en cas de violation du contrat par un acte de police. C'est ainsi qu'un arrêt du 12 novembre 1880 (1) accorde une indemnité au concessionnaire à raison de l'autorisation donnée à un usinier d'établir un bac à proximité du pont concédé en vue de permettre aux ouvriers de l'usine d'échapper, pour se rendre à leur travail, au paiement des droits de péage. Dans cette espèce, l'acte qui viole le contrat présente, d'une façon très nette, le caractère d'acte de police ; il ne s'y mêle, contrairement au cas cité ci-dessus de déviation d'une route, aucune notion de gestion. Ce n'est en effet ni dans l'intérêt du service public, ni dans l'intérêt pécuniaire de l'Administration que cet acte est intervenu, mais dans le seul intérêt d'un particulier. Le Conseil d'État n'en a pas moins accordé l'indemnité.

Ici encore, l'acte pris en violation du contrat ne peut-être annulé, car l'autorisation d'établir un bac, qui est une permission de voirie, a créé au profit du tiers auquel cette autorisation est accordée un droit qui ne peut lui être retiré que dans l'intérêt de la sécurité ou de la liberté de la circulation ou de la conservation du domaine (2). Nous verrons toutefois

1. *Rec.*, p. 871.

2. *Cass.* : cr. 27 juillet 1893 ; *D.* 94.1.197 ; *Ch. civ.*, 11 août 1891, *D.* 92.1.545.

que la jurisprudence récente du Conseil d'État a validé des retraits de permissions de voirie opérés par l'Administration en vue d'éviter de payer des indemnités trop élevées au concessionnaire lésé par la permission accordée (1).

*
* *

Le cas où l'Administration viole, par un acte pris vis-à-vis d'un tiers, les engagements contractés envers un concessionnaire s'est présenté à de nombreuses reprises dans la matière des concessions municipales de services d'eau et d'éclairage.

L'on sait que pour accorder des concessions de ce genre, les villes ont dû avoir recours à un moyen détourné. En vertu du principe qu'il ne peut être porté atteinte à la liberté du commerce que par une loi, un monopole du commerce de l'eau ou du gaz ne pouvait, dans l'état actuel de la législation, être directement constitué. Ne pouvant concéder un monopole qui ne leur appartenait pas, les villes, pour constituer en services publics les services de distribution de l'eau et de l'éclairage, ont tout simplement accordé à l'entreprise à qui elles voulaient concéder ce service une permission générale de voirie pour l'établissement de canalisations, en s'engageant à n'accorder de permissions de même nature à aucune entreprise concurrente. Comme une entreprise de fourniture d'eau ou d'éclairage ne se conçoit pas sans canalisations empruntant la voie publique, les villes sont arrivées, par ce procédé, à créer en fait de véritables monopoles.

1. Voir p. 41.

Les services d'omnibus ont été concédés par les villes de la même façon en accordant à une entreprise le droit de stationnement et en s'engageant à refuser les permissions de même nature qui pourraient lui être demandées par une entreprise concurrente. Tout ce qui va être dit à propos des concessions des services d'eau et d'éclairage s'applique donc aux concessions de services d'omnibus.

Quelle est la *valeur des engagements* pris par la commune vis-à-vis des entreprises concessionnaires des services publics? L'Administration peut-elle ainsi aliéner par avance l'exercice de ses pouvoirs de police?

La jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner ces engagements en accordant des dommages-intérêts au concessionnaire s'ils étaient violés. D'après M. le Commissaire du gouvernement Romieu (1), l'acte par lequel une commune accorde une permission de voirie à une entreprise concurrente n'est pas un acte de police ordinaire, il contient implicitement un acte de gestion : la commune est responsable parce qu'elle fait de la gestion sous le couvert de la police. Au moment où était donnée cette justification du droit à indemnité pour le concessionnaire, on croyait encore nécessaire, nous l'avons vu (2), de faire intervenir l'idée de gestion pour accorder une indemnité à raison d'un acte de l'Administration. Aujourd'hui que toute distinction a été abandonnée entre les actes

1. Conclusions sous C. d'État, 6 juin 1902, *Gazette des Tribunaux*, 11 juin 1902.

2. Voir p. 16.

d'autorité et les actes de gestion, il est plus simple de dire : la commune est responsable parce qu'elle a violé son contrat. La violation du contrat suffit en effet à justifier un droit à indemnité.

Quelle est l'étendue des engagements pris par la commune ?

C'est à l'époque de la conclusion du contrat qu'il faut se placer pour apprécier cette étendue d'après l'intention des parties. C'est un principe de droit commun que les contrats obligent à tout ce à quoi les parties ont entendu s'engager, soit implicitement, soit explicitement, et qu'ils doivent être interprétés de bonne foi plutôt qu'à la lettre.

Le Conseil d'État a fait dans notre matière de nombreuses applications de ce principe. La matière des concessions n'étant régie par aucun texte, et les contrats, conclus généralement pour de longues durées, n'ayant pu prévoir toutes les difficultés qui ont surgi par la suite, il s'est formé à son sujet une jurisprudence purement prétorienne dans laquelle nous trouverons de nombreux exemples de solutions inspirées bien plutôt des nécessités pratiques que des principes juridiques. Conformément aux principes de l'arrêt Blanco, le Conseil d'État a répudié ici les règles du Code civil pour ne chercher que dans la nécessité de concilier les droits de la collectivité avec ceux des particuliers la justification de ses arrêts.

Il est arrivé que l'Administration préfectorale a accordé à des entreprises de fourniture d'eau ou d'éclairage des permissions de voirie sur des voies qui relèvent de sa compétence, mais situées sur le territoire

de communes qui avaient déjà accordé à d'autres entreprises la concession des services de fourniture de l'eau ou de l'éclairage. Ces dernières entreprises réclamaient alors des indemnités à la commune. Le Conseil d'État a posé en principe que la commune ne pouvait être responsable du préjudice causé à son concessionnaire par les autorisations préfectorales, la concession accordée par elle ne comportant de sa part, sauf clause contraire expresse, aucune obligation de garantie contre ce préjudice (1).

Toutefois la commune serait responsable si c'était elle qui avait provoqué les autorisations préfectorales (2), si même, sans les provoquer, le Conseil municipal leur avait donné un avis favorable (3). Elle serait a fortiori responsable si elle avait favorisé par des mesures administratives quelconques l'entreprise concurrente installée sur la grande voirie, par exemple dans le cas où des fils conducteurs du courant électrique, placés sur les dépendances de la grande voirie en vertu d'une autorisation préfectorale, recevaient le courant au moyen d'installations disposées sur les dépendances de la voirie municipale (4).

Une circulaire des ministres de l'Intérieur et des Travaux publics, en date du 15 août 1893, a eu pour but de prévenir les conflits de ce genre en édictant qu'à l'avenir les autorisations d'établir des canalisations sur la grande voirie ne seraient accordées par

1. C. d'État, 17 novembre 1882, D. 84. 3. 17, et conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Marguerie.

2. C. d'État, 20 juillet 1896, D. 98. 3. 1.

3. C. d'État, 20 mars 1903, *Rec.*, p. 245.

4. C. d'État, 7 août 1903, *Rec.*, p. 627.

le préfet qu'aux communes, celles-ci pouvant d'ailleurs retrocéder ces autorisations à un concessionnaire.

L'engagement des communes de n'accorder de permissions de voirie à aucune entreprise concurrente ne fait pas obstacle à ce que des permissions de cette nature soient accordées à des particuliers pour assurer par exemple l'éclairage électrique d'établissements qu'ils possèdent, pourvu que ces particuliers ne se livrent eux-mêmes en aucune façon au commerce de la fourniture d'éclairage (1). C'est pourquoi les communes n'accordent généralement ces permissions qu'à la condition que les canalisations à établir par le permissionnaire soient destinées à son usage exclusif.

Toutes les solutions que nous venons d'indiquer ci-dessus ne sont que l'application des principes de droit commun en matière d'interprétation des contrats. Dans celles que nous allons exposer nous trouverons un exemple intéressant de la hardiesse des solutions du Conseil d'État lorsqu'il doit faire face à une situation nouvelle qui ne se trouve prévue ni par les textes ni par les contrats.

A la suite de la découverte de procédés permettant pour l'éclairage l'usage pratique de l'électricité, une question se posa qui n'était pas prévue dans la plupart des contrats : les concessions accordées aux Compagnies du gaz devaient-elles faire obstacle à ce que les villes accordent des autorisations de voirie à des entreprises d'éclairage par l'électricité, pour l'établis-

1. C. d'État, 25 mai 1900, *Rec.*, p. 359.

sement des fils nécessaires à la distribution de cet éclairage ?

Il semble bien que, dans l'intention des parties, les communes, en concédant à des entreprises privées les services d'éclairage par le gaz, avaient, par leurs contrats, concédé à ces entreprises le service de l'éclairage par n'importe quel moyen, si, au moment de la conclusion de ces contrats, le mode d'éclairage par le gaz était le seul pratiquement réalisable. Les concessionnaires n'auraient sans doute pas traité avec elles s'ils avaient pu prévoir qu'une autre entreprise ait pu s'établir en concurrence avec eux ; ils auraient, en tout cas, stipulé des garanties spéciales pour se prémunir contre cette éventualité.

C'est ainsi qu'au début le Conseil d'État interpréta les intentions des parties en accordant des indemnités aux concessionnaires de l'éclairage par le gaz dans le cas de permissions de voirie accordées à des entreprises d'éclairage par l'électricité (1).

Mais cette jurisprudence présentait de graves inconvénients pratiques qui se révélèrent au fur et à mesure que l'éclairage électrique se répandit et qu'il apparut, dans certaines régions, comme plus économique que l'éclairage par le gaz. La plupart des concessions avaient été faites pour de très longues durées et il apparaissait quelque peu choquant de priver des populations entières des bienfaits de l'électricité dans le seul intérêt des concessionnaires du gaz.

Sous l'influence de ces idées, le Conseil d'État inau-

1. C. d'État: 11 janvier 1895, *Rec.*, p. 21; 1^{er} mai 1896, *Rec.*, p. 354; 25 février 1898, *Rec.*, p. 149, etc.

gura par un arrêt du 10 janvier 1902 (gaz de Deville-lès-Rouen) (1) une jurisprudence qu'il a forgée de toutes pièces, qui ne repose sur aucun principe de droit, mais qui doit être approuvée parce qu'elle correspondait à des nécessités pratiques indéniables.

L'espèce qui a donné lieu à cet arrêt est la suivante : par deux traités successifs de 1874 et de 1887, la commune de Deville-lès-Rouen avait concédé à une compagnie le privilège exclusif de l'éclairage par le gaz.

La commune ne pensant pas que ces traités, qui ne prévoyaient pas le cas, y faisaient obstacle, accorda des permissions de voirie à une entreprise d'éclairage électrique. La Compagnie du gaz introduisit alors contre elle un recours en indemnité pour violation de son contrat.

Par l'arrêt du 10 janvier 1902, le Conseil d'État déclare qu'à l'époque du premier traité (1874), il était naturel qu'on ne se fût pas expliqué sur la question de l'éclairage électrique, qui n'était pas entré à cette époque dans les usages.

« Il en est autrement, ajoute-t-il, du défaut de toute stipulation dans le traité de prorogation intervenu en 1887, époque où l'éclairage au moyen de l'électricité fonctionnait déjà dans les localités voisines ; à cet égard, les parties sont en faute de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté, ce qui met le juge dans l'obligation d'interpréter leur silence et de rechercher quelle a été, en 1887, leur commune intention ;

« Considérant qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de

fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen et à la Commune de Deville-lès-Rouen la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité en le concédant à un tiers dans le cas où la compagnie requérante, dûment mise en demeure, refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier...

ART. 2. — « Dans le délai d'un mois à compter de la notification de la présente décision, la commune de Deville-lès-Rouen mettra la Compagnie du gaz en demeure de déclarer avant l'expiration du mois suivant si elle entend se charger du service de l'éclairage au moyen de l'électricité dans les conditions du traité passé avec le sieur Lemoine.

ART. 3. — « Il est sursis à statuer jusqu'après l'exécution à donner sur la demande de dommages-intérêts formée par la Compagnie du gaz. »

Le système institué par cette décision a été admis depuis par tous les arrêts qui ont eu à statuer dans des conditions identiques (1) : les communes peuvent accorder des permissions de voirie aux entreprises d'éclairage électrique, mais seulement après avoir mis en demeure le concessionnaire de l'éclairage par le gaz de se charger lui-même du service de l'éclairage électrique aux conditions acceptées par l'entrepreneur demandeur en concession de ce dernier service. Le monopole de la fourniture de l'éclairage accordé en fait au concessionnaire du gaz se réduit donc, au

1. Voir notamment : C. d'État, 13 mars 1903, *Rec.*, p. 206 ; 20 nov. 1903, *Rec.*, p. 693 ; 22 juin 1906, S. 1908.3.147.

cas où la commune désire transformer le mode d'éclairage, à un simple droit de préférence au profit de ce concessionnaire.

Sur quel principe le Conseil d'État fonde-t-il l'obligation pour le concessionnaire de l'éclairage au gaz d'obéir à la mise en demeure que doit lui adresser la commune avant d'accorder des permissions de voirie à une entreprise concurrente? Uniquement sur ce fait que « les parties sont en faute de n'avoir pas manifesté expressément leur volonté ». On peut se demander alors pourquoi ce silence que le Conseil d'État impute à faute commune aux deux parties va s'interpréter à peu près exclusivement contre la Compagnie du gaz : c'est que dans tous les contrats où des monopoles gênants pour le public sont accordés à des concessionnaires, le Conseil d'État admet que tout ce qui n'est pas expressément stipulé doit être refusé *dans l'intérêt du public* (1). C'est cette préoccupation des intérêts du public, que nous retrouvons à plusieurs reprises dans les décisions de la haute assemblée, qui a, sans nul doute, seule inspiré la solution que nous venons d'exposer. Les concessions des services d'eau et d'éclairage étant instituées dans l'intérêt du public ne peuvent se retourner contre lui.

Nous avons vu que la sanction applicable, quand les communes manquent à leurs engagements, consiste dans leur responsabilité pécuniaire. Mais quel sera le *sort de l'acte de police, cause de l'indemnité*?

1. Voir en ce sens : Hauriou, note sur l'arrêt du 10 janvier 1902, S. 1902.3.17.

La jurisprudence ne s'est jamais crue autorisée à l'annuler, car pour l'entrepreneur à qui une permission de voirie est accordée en violation d'un précédent contrat, ce contrat est *res inter alios acta*. Mais des communes, pour éviter d'avoir à payer des indemnités au premier concessionnaire jusqu'en fin de concession, ont opéré le retrait des permissions données au second et le Conseil d'État a eu à statuer sur la validité des retraits.

Les arrêtés municipaux opérant ces retraits lui ont été déférés sous la forme de recours pour excès de pouvoir. Ces recours ont été rejetés. Le Conseil d'État a estimé que les permissions de voirie accordées au second concessionnaire n'avaient pu lui être données par le maire que dans l'intérêt de la commune, en vue de favoriser ses intérêts et non de lui nuire; elles n'ont été données qu'avec la condition sous-entendue qu'elles ne nuisent pas à la commune. Lorsque cette condition ne se trouve pas remplie, le retrait desdites permissions est opéré à bon droit par le maire (1).

Cette solution est contraire aux principes qui régissent la matière des permissions de voirie. Si celles-ci sont délivrées arbitrairement, une fois qu'elles sont délivrées, ceux qui en bénéficient y ont un droit acquis en ce sens que le retrait ne peut plus avoir lieu que dans l'intérêt de la sécurité et de la liberté de la circulation ou de la conservation du domaine, il ne peut être prononcé ni dans un intérêt particulier,

1. C. d'État: 10 juillet 1896. D. 98.3.1; 6 juin 1902 et conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu, *Gazette des Tribunaux*, 11 juin 1902.

ni même dans l'intérêt financier de la commune (1). Les solutions admises dans notre matière par le Conseil d'État sont un nouvel exemple de cas dans lesquels la haute assemblée s'inspire plutôt dans ses décisions des nécessités pratiques que des principes juridiques.

La jurisprudence de la Cour de cassation, gardienne plus vigilante des traditions et des principes, est d'ailleurs sur cette question contraire à celle du Conseil d'État, et elle décide que l'entrepreneur frappé du retrait qui est poursuivi devant le tribunal de simple police, parce qu'il refuse de se soumettre à l'arrêté de retrait et de retirer ses installations, doit être acquitté par le motif que l'arrêté de retrait est illégal comme pris dans l'intérêt fiscal de la commune et non dans l'intérêt du domaine (2).

Il est bien évident que le concessionnaire évincé par le retrait d'une permission de voirie doit obtenir réparation des dommages qui lui sont causés par ce retrait qui, à son égard, n'est pas justifié.

En résumé le concessionnaire lésé par un acte pris par l'autorité concédante en violation des engagements contractés à son égard par cette autorité peut obtenir réparation des dommages qui lui sont causés par cet acte quelle que soit la nature de l'acte domageable. Il pourrait également, croyons-nous, si l'atteinte portée au contrat est assez grave pour justifier cette mesure, obtenir la résiliation de son con-

1. V. *supra*, p. 31.

2. Cass., 25 octobre 1900 ; 31 décembre 1903, *Journal de droit administratif*, 1904, p. 217.

trat. En fait cette résiliation serait, dans la plupart des cas, ruineuse pour lui, aussi le Conseil d'État n'a-t-il eu, à notre connaissance, à statuer, dans le cas qui nous occupe, sur aucune demande en résiliation.

En ce qui concerne l'acte, cause de l'indemnité, il ne peut, en aucun cas, être annulé par les tribunaux, le concessionnaire lésé ne disposant à cet effet d'aucune action, et le tiers en faveur de qui a été pris cet acte y ayant un droit acquis.

B) ACTES RÉGLEMENTAIRES, D'ORDRE GÉNÉRAL, RENDANT PLUS ONÉREUSES LES CHARGES DU CONCESSIONNAIRE.

Il peut arriver qu'en cours de concession une mesure réglementaire d'ordre général soit prise qui ait pour conséquence de rendre plus onéreuses les charges du concessionnaire. En pareil cas, un commerçant ordinaire peut relever ses tarifs et compenser ainsi par une augmentation de recettes, l'aggravation de ses charges. Le concessionnaire, lui, est lié par un cahier des charges avec tarif maximum. Est-ce à dire qu'il doive seul supporter toute la charge résultant pour lui de cette mesure ?

Si l'acte de concession a prévu le cas, il n'y a évidemment qu'à appliquer les dispositions prévues en suivant les règles ordinaires d'interprétation des contrats.

Si le cas n'est pas prévu, c'est dans l'intention des parties contractantes qu'il faut rechercher la solution

du problème. La question qui se pose alors est de savoir si les parties ont entendu traiter en prenant pour base de leurs conventions le maintien des faits existants. Si cette question peut être résolue par l'affirmative, une indemnité est due au concessionnaire au cas où une règle nouvelle vient modifier ces faits.

On trouve des exemples nombreux de cette solution dans le cas d'établissement ou de modification de droits d'octroi ou de douane en cours de traité. Si aucune clause prévoyant cet établissement ou cette modification n'a été insérée au traité, le Conseil d'État admet très facilement que les parties ont stipulé en prenant pour base de leurs conventions le maintien des faits existants, mais pour donner ouverture au droit à indemnité, il faut que les droits de douane ou d'octroi frappent une matière de première nécessité pour le concessionnaire et dont la consommation est assez importante pour que le préjudice causé par ces droits soit d'une certaine gravité.

Cette solution a été exprimée très nettement par un arrêt du Conseil d'État en date du 9 avril 1897 (ville de Montluçon) :

« Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'à l'époque où la compagnie requérante a conclu avec la ville de Montluçon un traité pour l'éclairage de la ville par un gaz extrait de la houille, aucune taxe n'était établie sur le charbon ; que c'est en tenant compte de cet état de chose que les parties contractantes sont convenues des prix fixés par le traité tant pour l'éclairage public que pour l'éclairage privé ; que, dans ces conditions, la ville de Montluçon n'a pas pu, sans porter atteinte au traité qu'elle avait passé, exiger de

la Compagnie du gaz le paiement d'une taxe d'octroi frappant une matière première employée à la fabrication du gaz... (1) »

La solution appliquée ici au contrat de concession de service public est d'ailleurs celle qui s'applique à tous les cas où un particulier a contracté avec l'Administration, notamment au cas où les obligations envers l'État d'une Compagnie maritime de transports sont devenues plus onéreuses par suite de l'application d'un décret ministériel rendu en exécution de la loi du 30 janvier 1893 et autorisant l'établissement dans un port de taxes de péage (2). On peut donc en cette matière formuler la règle suivante : le droit à indemnité à l'occasion d'une mesure réglementaire d'ordre général est ouvert en faveur du cocontractant de l'Administration, lorsque cette mesure porte *gravement* atteinte aux droits *essentiels* que ce cocontractant tire de son contrat, c'est-à-dire à ceux en considération desquels il a traité.

1. *Rec.*, p. 305. Voir également C. d'État : 18 avril 1897 (Gaz de Wazemmes), *Rec.*, p. 335 ; 29 décembre 1905 (Ville de Bergerac), *Rec.*, p. 1014. Les conclusions déposées par M. le Commissaire du gouvernement Romieu à l'occasion de cette dernière espèce déclarent : « La puissance publique peut toujours, dans l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, prendre les mesures d'autorité réglementaires ou fiscales qu'elle estime nécessaires en vue des besoins de la vie collective auxquels elle est chargée de pourvoir ; mais si ces mesures légales et légitimes en elles-mêmes aggravent d'une manière directe les charges des contrats passés par elle pour l'exécution de ses services publics avec des entrepreneurs, des fermiers, des concessionnaires, dans des conditions ou des proportions qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes, elle doit en supporter les conséquences pécuniaires, comme cela aurait lieu si elle exerçait elle-même le service. »

2. C. d'État, 20 mai 1904, *Rec.*, p. 425.

Dans tous les cas, les seuls recours ouverts aux intéressés sont le recours en indemnité, ou, s'il y a lieu, la demande en résiliation (1). Le recours pour excès de pouvoir n'est jamais ouvert pour violation d'un contrat (2). Quant au recours en annulation ordinaire, il ne peut être poursuivi, les intéressés n'ayant à cet effet, pas plus que dans les hypothèses précédentes, aucune action. Les effets de l'acte, cause de l'indemnité, ne peuvent même pas être suspendus vis-à-vis du concessionnaire qui doit se soumettre, comme les autres citoyens, aux mesures d'ordre général légalement prises par l'autorité administrative. En cas d'augmentation de ses charges par suite d'établissement de droits d'octroi, il devra donc, si l'Administration l'exige, payer ces droits d'octroi, quitte à en poursuivre ensuite le remboursement à titre d'indemnité.

C). — INTERVENTION DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE
DANS LE FONCTIONNEMENT D'UN SERVICE PUBLIC CON-
CÉDÉ. — NATURE JURIDIQUE DE LA CONCESSION DE
SERVICE PUBLIC.

Dans les hypothèses que nous avons eu à envisager jusqu'ici, la jurisprudence a bien accordé des indemnités en cas de violation du contrat par un acte de l'autorité administrative, mais elle s'est toujours refusée à annuler cet acte soit parce qu'il avait créé des

1. Exemple de résiliation prononcée sur la demande du concessionnaire : C. d'État : 27 février 1903, *Rec.*, p. 172.

2. C. d'État : 14 mars 1902, *Rec.*, p. 189.

droits acquis au profit d'un tiers, soit parce qu'il constituait une mesure d'ordre général applicable à tous les citoyens.

Dans l'hypothèse que nous allons examiner ci-dessous, l'annulation de l'acte dommageable est au contraire possible dans certaines conditions que nous nous efforcerons de dégager.

Lorsque l'autorité administrative intervient dans le fonctionnement d'un service concédé, elle peut le faire, nous l'avons vu, soit en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par les lois ou règlements en vigueur, soient en vertu des droits qu'elle s'est réservés par les conventions ou cahiers des charges.

Certains pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi ou les règlements sont rappelés dans les cahiers des charges ; ce fait ne suffit point à leur donner une origine contractuelle. C'est ainsi que l'article 33 des cahiers des charges des grandes compagnies de chemins de fer, qui sont tous conçus sur le même modèle, stipule que « des règlements d'administration publique, rendus après que la compagnie aura été entendue, détermineront les mesures et les dispositions nécessaires pour assurer la police et l'exploitation des chemins de fer, ainsi que la conservation des ouvrages qui en dépendent. » Les règlements rendus dans les conditions prévues par cet article n'auront cependant pas une origine contractuelle, car ce texte n'eût-il pas été inséré dans les cahiers des charges, que l'Administration, n'en aurait pas moins le droit de prendre des règlements de ce genre, en vertu de l'ordonnance du 15 novembre 1846, modifiée par le décret du 1^{er} mars 1901.

La coexistence des deux sortes de dispositions qui régissent le service public concédé (dispositions réglementaires et dispositions contractuelles) amène entre elles des conflits. Quels sont les principes généraux qui doivent guider dans la solution de ces conflits ? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner en prenant pour type de notre étude la concession de chemin de fer dans laquelle se présente le plus grand nombre de difficultés.

*1° Cas où l'Administration agit en vertu
de ses pouvoirs réglementaires.*

Les textes qui réglementent le droit d'intervention de l'Administration dans la police et l'exploitation des chemins de fer sont les lois du 11 juin 1842 et du 15 juillet 1845 et l'ordonnance du 15 novembre 1846, modifiée par le décret du 1^{er} mars 1901.

Nous n'étudierons pas quels sont, d'après ces textes, les pouvoirs de l'Administration vis-à-vis du concessionnaire, ni, par suite, dans quels cas le recours pour excès de pouvoir est ouvert au concessionnaire contre les actes de l'Administration. C'est là l'objet du contentieux de la réglementation que nous avons exclu de cette étude. Dans tout ce qui va suivre, la question de la *légalité* des actes de l'autorité concédante ne sera jamais mise en jeu : nous nous bornerons à rechercher, d'une part, dans quels cas ces actes, quoique légalement pris, peuvent être considérés comme pris en dehors des prévisions du contrat ; d'autre part, quelles sont, en pareils cas, les sanctions applicables.

Ici encore, c'est dans l'intention des parties qu'il faut rechercher si la mesure réglementaire qui aggrave les charges du concessionnaire ou lui impose de nouvelles charges a été prévue au moment de la conclusion du contrat. Si cette mesure a introduit « dans les charges de l'exploitation un élément qui n'a pu entrer dans les prévisions des parties contractantes et s'il est ainsi porté atteinte aux conventions intervenues » un droit à indemnité est ouvert au profit du concessionnaire.

Tels sont les termes dans lesquels ont statué tous les arrêts rendus sur cette matière au cours de ces dernières années (1).

On voit qu'ici ce n'est plus seulement l'atteinte grave aux droits *essentiels* résultant du contrat qui donne ouverture au droit à indemnité, mais toute atteinte à un droit quelconque résultant du contrat, et quel que soit le degré de gravité du préjudice subi.

Si l'atteinte portée au contrat est assez grave pour en bouleverser l'économie, le concessionnaire peut en demander la résiliation avec, s'il y a lieu, dommages intérêts. Ainsi que nous l'avons fait remarquer à propos des concessions municipales, le Conseil d'État a eu rarement l'occasion de se prononcer sur des demandes en résiliation parce qu'en fait, dans la plupart des cas, la résiliation du contrat serait plus onéreuse pour le concessionnaire que son maintien même avec aggravation des charges. Cependant, par deux arrêts des

1. C. d'État; 4 août 1905 (Bône-Guelma), *Rec.*, p. 770 ; 6 décembre 1907 (Grandes Compagnies d'intérêt général), *Rec.*, p. 913 ; 4 février 1910 (Chemin de fer Métropolitain), *Rec.*, p. 98 ; 11 mars 1910 (Compagnie générale française de tramway) *Rec.*, p. 216.

1^{er} juillet 1881 et 21 décembre 1883, le Conseil d'État a eu à se prononcer sur une demande en résiliation intentée contre le département de l'Hérault par une Compagnie de chemin de fer d'intérêt local. Il n'a opposé à cette demande aucune fin de non recevoir, mais l'a repoussée pour des motifs tirés du fond.

Le Conseil de préfecture du Nord a prononcé la résiliation d'une concession de chemin de fer dans les circonstances suivantes (1).

Le département avait accordé la concession d'une ligne pour une durée de soixante-quinze ans. Le traité prévoyait qu'il devait contribuer pour les trois quarts aux frais de construction de la ligne et qu'il se procurerait les fonds nécessaires au moyen d'un emprunt amortissable, pendant toute la durée de la concession, au moyen des recettes réalisées par le concessionnaire.

Dans ces recettes devaient figurer, pour une somme fixe annuelle, les subventions de l'État, du département et des communes intéressées à la construction.

Lorsque le projet de décret devant autoriser l'emprunt du département fut soumis au Conseil d'État, cette assemblée ne consentit à lui donner un avis favorable qu'à condition que la durée de l'amortissement de l'emprunt fût réduite de soixante-quinze à soixante ans. Le département accepta cette condition pour obtenir l'autorisation demandée.

Le concessionnaire demanda alors la résiliation de son contrat, se basant sur ce fait que la réduction à soixante ans de la durée de l'amortissement de

1. 8 août 1905 (Michon contre département du Nord). Voir Payen. *Des concessions de chemin de fer d'intérêt local*, p. 302.

l'emprunt en avait bouleversé les conditions. En effet, tandis que la part de l'État, du département et des communes dans l'amortissement de l'emprunt, représentée par les subventions annuelles allouées au concessionnaire, restait la même quelle que fût la durée de l'amortissement, la part du concessionnaire devait être d'autant plus élevée que l'amortissement devait être plus rapide.

Le conseil de préfecture prononça donc la résiliation de la concession par ce motif que l'intention commune des parties avait été de fixer pour l'amortissement de l'emprunt la même durée que pour la concession elle-même et que l'impossibilité de réaliser cette intention constituait un cas de force majeure qui bouleversait, au préjudice du concessionnaire, les conditions essentielles du contrat.

Il est des cas dans lesquels l'atteinte portée au contrat peut aller jusqu'à entraîner l'annulation de l'acte réglementaire pris en violation de ses dispositions. Dans quels cas l'Administration peut-elle ainsi disposer par contrat des pouvoirs de police qu'elle tient de la loi ou du règlement, au point que si un acte est accompli régulièrement par elle en vertu des dits pouvoirs, mais en violation des clauses du contrat, cet acte doive être annulé ?

La question s'est posée notamment au cas où le cahier des charges fixe le nombre maximum des trains que le concessionnaire doit mettre en circulation sur ses voies et où, nonobstant cette disposition, un acte de l'Administration intervient imposant au concessionnaire un nombre de trains supérieur à

celui fixé par le cahier des charges. Quel sera en pareil cas le sort de cet acte ?

L'on sait qu'en ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt général, la pratique et la doctrine sont fixées en ce sens qu'à défaut de dispositions contraires du cahier des charges, le ministre des Travaux publics a le droit d'imposer au concessionnaire le nombre de trains qu'il juge nécessaire pour satisfaire aux besoins du public (1). Ce droit est fondé sur l'article 43 § 2 de l'Ordonnance du 15 novembre 1846 modifié par le décret du 1^{er} mars 1901.

Le même texte est applicable aux chemins de fer d'intérêt local en vertu de l'article 27 du décret du 1^{er} mars 1901 ; mais, ici, c'est le préfet qui exerce les droits dévolus au ministre pour les chemins de fer d'intérêt général.

Pour les tramways enfin, l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 reconnaît au préfet le droit de déterminer « le tableau du service des trains ». On a discuté la question de savoir si le droit de déterminer le service des trains comportait celui de déterminer le nombre de ces trains ; nous n'entrerons pas dans cette controverse : il y a lieu de remarquer seulement qu'un avis de la Section des travaux publics du Conseil d'État, en date du 21 mai 1901, s'est prononcé en faveur du droit du préfet à déterminer le nombre des trains.

En fait, la plupart des cahiers des charges annexés aux actes de concession ont limité à cet égard le droit de l'Administration. D'après les conventions de

1. V. Alfred Picard : *Traité des chemins de fer*, t. III, p. 360 ; Colson : *Transports et tarifs*, 2^e édit., p. 361.

1883 avec les grandes Compagnies, le nombre maximum des trains dans chaque sens qui peut être imposé au concessionnaire est de 1 par 3.000 francs de recettes kilométriques locales, c'est-à-dire de recettes calculées d'après les produits des voyageurs et marchandises circulant sur les lignes concédées en provenance ou à destination d'une des gares des compagnies, sans toutefois que ce nombre puisse être inférieur à trois.

Quels sont, en présence de ces dispositions expresses des cahiers des charges fixant un maximum, les droits de l'Administration en matière de détermination du nombre de trains ?

La question a été résolue une première fois par un arrêt en date du 23 janvier 1903 (1) rendu entre le préfet de la Haute-Savoie et la Compagnie des chemins de fer économiques du Nord qui exploite, dans le département de la Haute-Savoie, la ligne de tramways d'Annemasse à Samoëns. L'article 14 du cahier des charges de la concession de cette ligne fixait à deux dans chaque sens le nombre minimum des trains à mettre en circulation sur la ligne pendant la saison d'hiver. Ce minimum constituait en même temps un maximum des obligations imposées à la compagnie par son cahier des charges, car dès qu'elle avait mis en circulation les deux trains prévus, elle avait satisfait à ses obligations. Or, un arrêté du préfet de la Haute-Savoie en date du 20 octobre 1899 lui prescrivit d'établir un service d'hiver comportant trois trains dans chaque sens. Cet arrêté fut déféré au Conseil de préfecture puis au Conseil d'État qui en

1. *Rec.*, p. 62.

prononça l'annulation et reconnut le droit de la compagnie à des dommages intérêts pour le préjudice qui lui avait été causé par l'exécution de l'arrêté annulé.

Cet arrêt était ainsi motivé :

« Considérant que si l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 confère au préfet le droit de déterminer, sur la proposition du concessionnaire, le tableau du service des trains, cette disposition doit être conciliée avec l'article 14 du cahier des charges de la compagnie requérante qui porte que le nombre minimum des voyages qui devront être faits tous les jours dans chaque sens est fixé à deux en hiver, quatre en été ; que le nombre de voyages fixé par cet article 14 constitue donc un minimum contractuel *qui ne peut être modifié que par l'accord réciproque des parties* ;

« Considérant que, dans ces conditions, la compagnie requérante est fondée à soutenir qu'il n'appartenait pas au préfet de lui imposer un service d'hiver à trois trains pour l'année 1899-1900... »

Cette décision, qui inaugurait, sur ce point, une jurisprudence toute nouvelle, était rendue conformément aux conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Teissier (1).

S'il est permis d'interpréter cette jurisprudence d'après les dites conclusions, il y aurait lieu, pour la détermination des cas dans lesquels le recours en annulation est ouvert à la suite d'une violation de contrat par un acte de police, de faire la distinction suivante :

1. *Rec.*, p. 62.

Parmi les droits de police qu'exercent les diverses autorités administratives, il en est qu'elles possèdent dans l'intérêt de la sécurité et de la tranquillité publiques ; il en est d'autres qu'elles possèdent comme mandataires ou plutôt comme *negotorium gestores* des intérêts du public. Il y aurait deux sortes de police : la police de l'ordre public et la police des services publics. La première est impartie aux autorités administratives par la force des choses : elle est impérative et en quelque sorte régaliennne. La seconde est moins inhérente à l'État, elle est semblable à celle par laquelle une société privée assure l'ordre dans son établissement (1).

On peut tirer de cette distinction les conséquences suivantes : s'agit-il de la police de l'ordre public, les Administrations ne peuvent aliéner définitivement leurs pouvoirs du police parce que cette police est pour elles impérative. Si, dans l'exercice de ces pouvoirs, une atteinte est portée à un contrat, le cocontractant de l'Administration pourra obtenir une indemnité ou peut-être même la résiliation de son contrat, mais l'acte qui a porté cette atteinte doit rester debout avec toutes ses conséquences, parce que l'autorité administrative n'a pas pu, par le contrat, renoncer à l'exercice de ses pouvoirs. Y eût-elle renoncé que cette renonciation ne serait pas valable et devrait être considérée comme non avenue. C'est là l'hypothèse du « fait du Prince ». (2)

S'agit-il de la police des services publics, les Admi-

1. Voir Henri Ripert, Des rapports entre les pouvoirs de police et les pouvoirs de gestion. *Revue du Droit public*, 1905, p. 14 et s.

2. C. d'État : 8 mars 1901 (Prevet). S. 1902.3.73 et note.

nistrations peuvent au contraire se dépouiller définitivement par le contrat de l'exercice de leurs pouvoirs, si bien que l'acte qu'elles accompliraient en violation de cet engagement devrait être annulé par le juge du contrat.

Cette distinction a le mérite d'être simple et paraît sauvegarder pleinement les droits essentiels de l'Administration. Dans la plupart des cas, il sera facile de distinguer si l'acte pris en violation du contrat a été pris en vue du maintien de l'ordre ou de la sécurité publiques ou en vue de l'organisation ou de l'amélioration du service concédé. Dans le premier cas, il sera maintenu, sous réserve d'un droit à indemnité en faveur du cocontractant de l'Administration ; dans le second cas, il sera annulé.

Ainsi que le fait remarquer M. le Professeur Hauriou (1), la police de l'ordre public se reconnaît à un double signe : 1° elle est plus ancienne dans l'État que l'autre : primitivement il n'y avait pas de services de gestion, il n'y avait donc pas non plus de police de gestion ; 2° la police de l'ordre public est monopolisée par l'État ou ses démembrements, sauf de très rares exceptions (organisation de gardes particuliers agréés par l'État — loi du 12 avril 1892) ; au contraire la police des services publics n'est pas monopolisée, parce qu'il y a une quantité de services rendus au public en dehors de l'Administration et que les établissements, industriels ou autres, qui assurent la régularité de ces services ont besoin pour cela d'édicter une réglementation. C'est ainsi que les compagnies de chemins de

1. Note sous l'arrêt précité : S. 1904, 3. 49.

fer, outre la police du service qui leur est imposée par l'État, en ont une, à elles propre, qu'elles imposent à leurs agents. Cette dernière est de la même nature que la première; les ordres généraux, qui sont des instructions d'ordre tout intérieur des compagnies à leur personnel, les règlements généraux d'exploitation, établis également par les compagnies, mais soumis à l'homologation ministérielle, et les décrets sur la police des chemins de fer, en tant que ces derniers ne traitent par des mesures de sécurité, ne diffèrent guère entre eux que par leur origine, ils tendent tous trois au même but : assurer le bon fonctionnement du service public. Leur domaine n'est même pas très bien délimité : certaines prescriptions se trouvent à la fois contenues dans les trois sortes de réglementation.

Une autre différence peut être signalée entre la police de l'ordre public et la police des services publics. La police d'un service concédé se compose en effet soit de pouvoirs mis à la disposition de l'Administration par des dispositions légales ou réglementaires, soit de droits stipulés en sa faveur dans le contrat de concession. Au contraire, les règlements de la police d'ordre public ne peuvent avoir d'origine contractuelle : ils ne peuvent avoir leur source que dans la loi ou dans les règlements d'administration publique, c'est-à-dire rendus en exécution de la loi.

L'arrêt du 23 janvier 1903 est le premier qui ait admis que la violation du contrat pouvait, dans certains cas, entraîner l'annulation d'un acte pris par l'Administration en vertu de ses pouvoirs réglementaires. D'après le système que nous venons d'ex-

poser, ces cas pouvaient être assez nombreux et nous avons vu que leur détermination pouvait être obtenue d'une façon assez précise par la distinction qui avait été établie par M. le Commissaire du gouvernement Teissier.

Une décision récente, en date du 11 mars 1910 (1), rendue dans une espèce de tous points analogue à celle qui avait donné lieu à l'arrêt du 23 janvier 1903, vient de rejeter cette distinction pour instituer à son tour une jurisprudence toute nouvelle. Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, ce sont encore les droits du préfet à déterminer le nombre des trains, en présence d'une disposition expresse du cahier des charges établissant un maximum, qui sont en cause.

L'arrêt en question est ainsi motivé :

« Considérant que l'arrêté du préfet des Bouches-du-Rhône a été pris dans la limite des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881, pris en exécution des lois du 11 juin 1880 (art. 38) et du 15 juillet 1845 (art. 21), lesquels impliquent pour l'Administration le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains au point de vue de la sécurité et de la commodité de la circulation, mais encore de prescrire les modifications et les additions nécessaires pour assurer, *dans l'intérêt du public*, la marche normale du service; qu'ainsi la circonstance que le préfet aurait, comme le soutient la Compagnie des tramways, imposé à cette dernière un service différent de celui qui avait été prévu par les parties contractantes ne

1. *Reg.*, p. 216.

serait pas de nature à entraîner, à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté préfectoral du 23 juin 1903... »

Cet arrêt est très intéressant en ce sens qu'il inaugure dans la jurisprudence une conception toute nouvelle des rapports entre l'autorité concédante et le concessionnaire qui depuis quelques années se faisait jour dans la doctrine, conception inspirée par un souci de plus en plus marqué de sauvegarder vis-à-vis du concessionnaire les intérêts du public.

Dans notre espèce, il s'agit bien de l'exercice de la police des services publics. La mesure prise par le préfet était bien prise dans l'intérêt du public et non en vue de la sécurité de l'exploitation. Le Conseil d'État, en insistant sur ce fait que l'article 33 du règlement d'administration publique du 6 août 1881 donne au préfet le droit, nonobstant les dispositions contraires du cahier des charges, de prescrire les modifications et additions à la marche des trains qu'il croirait nécessaires « *dans l'intérêt du public* » a, sans aucun doute, voulu rejeter définitivement la distinction établie entre la police de l'ordre public et la police des services publics.

D'autre part, en spécifiant que la circonstance que le préfet aurait imposé à la compagnie un service différent de celui prévu au contrat « ne serait pas de nature à entraîner, à elle seule, dans l'espèce, l'annulation de l'arrêté » attaqué, il semble bien qu'il ait voulu réserver au concessionnaire la possibilité d'obtenir, en vertu de son contrat, dans certains cas exceptionnels, l'annulation d'un acte réglementaire de l'Administration portant atteinte à ses droits.

Selon la méthode que nous avons suivie jusqu'ici, c'est en recherchant par quelles considérations a été inspiré cet arrêt que nous pourrons en dégager les règles générales qui devront nous guider pour la solution des autres cas d'espèces. Les conclusions remarquables présentées dans cette affaire par M. le Commissaire du gouvernement Blum (1) nous seront à cet effet d'un précieux appui. C'est toute une théorie, et une théorie toute nouvelle, du contrat de concession qu'elles développent.

D'après cette théorie, d'une part, il est dans la nature du contrat de concession de réaliser, dans la mesure du possible, un équilibre entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées. D'autre part, les besoins auxquels un service public doit satisfaire, et, par suite, les nécessités de son exploitation n'ont pas un caractère invariable : les contrats de concession sont conclus pour des périodes de temps étendues et, si judicieuses qu'aient été les prévisions du contrat, elles sont presque toujours dépassées ou surprises par les faits qui se produisent au cours de cette longue suite d'années.

Or l'État ne peut pas se désintéresser du service public une fois concédé ; « il est concédé, sans doute, « mais il n'en demeure pas moins un service public. « La concession représente *une délégation* (2), c'est-« à-dire qu'elle constitue un mode de gestion indi-« recte, elle n'équivaut pas à un abandon, à un dé-« lissement. L'État reste garant de l'exécution du

1. *Recueil*, p. 216.

2. Souligné par nous.

« service vis-à-vis de l'universalité des citoyens...
« L'État interviendra donc nécessairement, pour im-
« poser, le cas échéant, au concessionnaire une pres-
« tation supérieure à celle qui était prévue stricte-
« ment, pour forcer l'un des termes de cette équation
« financière qu'est, en un sens, toute concession, en
« usant non plus des pouvoirs que lui confère la con-
« vention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant
« que puissance publique...

« Si l'économie financière du contrat se trouve dé-
« truite, si... quelque chose se trouve faussé dans cet
« équilibre d'avantages et de charges, d'obligations
« et de droits, que nous avons essayé de définir,
« rien n'empêchera le concessionnaire de saisir le
« juge du contrat. Il démontrera que l'intervention,
« bien que régulière en elle-même, bien qu'obliga-
« toire pour lui, lui a causé un dommage dont répa-
« ration lui est due. S'il estime que la colonne pas-
« sive, que la colonne « doit » de son contrat ne
« comprenait pas l'aléa d'une augmentation, ou bien
« s'il juge que cette augmentation n'était pas justi-
« fiée, ou enfin s'il se croit en mesure d'établir qu'à
« cet accroissement de dépenses n'a pas correspondu
« un accroissement proportionnel de recettes, et
« qu'ainsi un préjudice lui a été causé dont répara-
« tion lui est due, il demandera au juge du contrat
« de lui allouer une juste indemnité. »

En présence de cette thèse, on peut se demander quel est alors l'objet des clauses prévoyant des minima insérées dans les cahiers des charges, si elles ne peuvent avoir pour objet de limiter les pouvoirs de réglementation de l'Administration. M. le Com-

missaire du gouvernement Blum répond par avance à cette objection que « l'objet unique de ces précisions est de constituer par leur corrélation équitable, par leur compensation présumée, l'unité financière du contrat ». Les minima ainsi prévus « sont un terrain d'expérience... et sur ces données provisoires pourra s'exercer, suivant les résultats observés, soit l'initiative du concessionnaire, soit celle de l'Administration. Ils seront enfin, le cas échéant, la base de l'indemnité à laquelle le concessionnaire aura droit si le dépassement n'est pas prévu et rémunéré d'avance par son contrat. »

De l'arrêt que nous venons d'analyser, il ressort que le contrat de concession perd de plus en plus le caractère de droit strict que la jurisprudence lui reconnaissait il y a quelques années. Ainsi que le signale M. le professeur Hauriou (1), « il y a une crise du contrat de concession ; les concessionnaires n'ont plus cette situation tranquille qu'ils avaient, il y a quelques années. »

Le Parlement semble, sur le terrain législatif, avoir précédé la jurisprudence dans cette évolution en votant la loi du 5 décembre 1908, relative au raccordement des voies d'eau avec les voies ferrées. L'exposé des motifs de cette loi (2) portait :

« Si au lieu d'exploiter lui-même un chemin de fer, l'État croit devoir recourir à l'intermédiaire d'un entrepreneur, les contrats qu'il passe avec cet entrepreneur (en l'espèce la convention et le cahier des

1. Note sous l'arrêt précité : S. 1911.3.1.

2. *Journal officiel*, 1908, *Documents parlementaires*, Chambre, p. 121,

charges) ne sauraient empêcher la puissance publique de prendre, dans l'avenir, pour la sauvegarde des intérêts du public, toutes les mesures dont la nécessité viendrait à être reconnue par elle...

« L'État n'a pu ni stipuler, ni promettre à son concessionnaire qu'il deviendrait juge à sa place des nécessités de ce service et serait ainsi investi d'un pouvoir d'appréciation qui constitue un apanage inaliénable de la puissance publique... »

Cette nouvelle conception des rapports entre concédant et concessionnaire a été certainement influencée par les théories qui ont été émises récemment, relatives à la nature juridique de la concession, et qui déniaient à cet acte le caractère de contrat.

D'après ces théories, admettre la nature contractuelle de la concession de service public, ce serait s'en tenir aux apparences (1). Tout concours de volonté n'est pas un contrat. Pour déterminer la nature juridique d'un acte, il faut en examiner non pas la forme, mais le contenu.

Dans la concession, il y aurait deux actes juridiques distincts : 1° l'acte organisant le service public ; 2° l'acte de désignation de l'individu mis à la tête du service organisé et la détermination de la situation particulière de cet individu.

Les articles du cahier des charges qui organisent le service public d'une manière générale ont une nature législative et réglementaire ; les clauses qui déterminent la situation particulière de l'individu mis à la tête du service ont une nature contractuelle.

1. V. Jèze : Notes de jurisprudence, *Revue de Droit public*, 1907, p. 680 et s..

M. le professeur Hauriou, dans la dernière édition (1911) de son *Précis de droit administratif* (1), s'est rallié à cette théorie, en donnant de la concession de travaux publics la définition suivante : « Il
« y a dans la concession de travaux publics création,
« par un acte d'autorité, d'un état de chose particu-
« lier, qui est l'état de service concédé et qu'il faut
« rapprocher de la création ou de l'organisation du
« service en régie. Et ce n'est qu'une fois cette situa-
« tion d'état établie, qu'une convention intervient
« entre l'Administration et le concessionnaire pour
« régler les droits et obligations de chacun... L'opé-
« ration se décompose ainsi en deux éléments, qui,
« d'ailleurs, sont liés l'un à l'autre : la création de
« la situation d'état et le contrat administratif. »

Les auteurs qui ont adopté cette conception en tirent les conséquences suivantes : les clauses de l'acte de concession et du cahier des charges qui règlent les conditions de fonctionnement du service peuvent, à tout moment, être modifiées par l'autorité concédante sans le consentement du concessionnaire, sous réserve d'un droit à indemnité en faveur de ce dernier si cette modification doit introduire dans son exploitation des charges qu'il n'a pu prévoir au moment où la concession lui a été accordée. « On conçoit aisément, en effet, que l'autorité administrative ne puisse abdiquer le pouvoir de modifier, dans l'intérêt du public, le fonctionnement d'un service public concédé. Ce faisant, elle ne porte pas atteinte

1. p. 694. V. également en ce sens Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, 1911, p. 174 et s.

à une situation subjective, elle modifie seulement le régime légal d'un service public (1). »

Il y aurait, au contraire, atteinte à une situation subjective si l'Administration modifiait de sa propre autorité les clauses de l'acte de concession ou du cahier des charges réglant la situation du concessionnaire vis-à-vis du concédant, par exemple les clauses relatives à la garantie d'intérêt et au partage des bénéfices. L'acte pris dans ces conditions devrait être annulé par le juge du contrat.

Partant de cette idée que le concessionnaire est appelé à gérer un service public, on est même allé jusqu'à comparer sa situation à celle du fonctionnaire. L'opération que l'on appelle le contrat de concession se décomposerait en deux actes : la loi fixant la manière dont le concessionnaire doit remplir sa fonction, et la convention déterminant les bases de sa rémunération. Le premier acte serait un acte unilatéral pouvant, par conséquent, être modifié par un autre acte de même nature. Le second seul constituerait un contrat ne pouvant être modifié que par l'accord des parties.

Il paraît difficile d'assimiler ainsi la situation du concessionnaire avec celle du fonctionnaire. D'abord c'est la loi qui règle la situation du fonctionnaire et cette loi vise non une personne déterminée, mais tous ceux qui remplissent la même fonction. Au contraire, la situation du concessionnaire est réglée par un acte établi spécialement pour lui et dont les conditions sont débattues avec lui. Ce fait lui crée une

1. Duguît, *op. cit.*, p. 174.

situation spéciale vis-à-vis du concédant. Tandis que le fonctionnaire n'a aucun droit sur sa fonction, le concessionnaire a un droit certain au maintien des règles spécialement établies pour lui.

Les auteurs qui distinguent dans l'acte de concession et le cahier des charges les clauses de nature unilatérale des clauses de nature contractuelle s'appuient, pour fonder leur distinction, sur les solutions données par la jurisprudence dans certaines espèces de la matière de la concession. Nous avons vu, par exemple, que l'Administration pouvait, de sa propre autorité, modifier en quelque sorte les clauses du cahier des charges relatives au fonctionnement du service concédé en imposant au concessionnaire des prescriptions contraires à ces clauses (nombre de trains ; arrêt du 11 mars 1910). Comment pourrait-on justifier ce droit de l'Administration si l'on reconnaissait à ces clauses le caractère contractuel ? Ce serait contraire à tous les principes de droit, d'après lesquels la convention fait la loi des parties.

Comment pourrait-on expliquer d'autre part que les tiers puissent, sous certaines conditions, invoquer à leur profit les clauses du cahier des charges relatives au fonctionnement des services publics, si ces clauses étaient de nature contractuelle ? Il est de principe que les conventions ne produisent d'effet qu'entre les parties contractantes. Or, l'acte qui règle le fonctionnement du service public concédé ne s'adresse pas au seul concessionnaire, mais à tous ceux qui usent du service public (1). Il crée donc,

1. C. d'État, 3 février 1905 (Storch), *Rec.*, p. 110 ; 15 novembre 1907 (Poirier), *Rec.*, p. 820.

vis-à-vis du public, une situation objective qu'une convention serait impuissante à créer.

Il nous semble difficile d'admettre que l'acte de concession d'un service public puisse constituer tantôt un contrat, tantôt un acte unilatéral selon la nature des clauses qui sont envisagées. L'acte de concession et le cahier des charges qui lui est annexé forment un tout unique quel que soit le point de vue auquel on les examine. C'est dans l'intention des parties qui ont pris part à un acte qu'il faut rechercher la nature de cet acte, à condition que leurs volontés concourent au même but. Or, dans l'acte de concession, elles ont en général bien clairement manifesté leur volonté par la forme même qu'elles ont donné à cet acte : « Entre... d'une part ; et... d'autre part, il a été *convenu* ce qui suit... » Telle est la formule par laquelle débudent généralement les actes de cette nature. Le mot « convenu » qui y figure expressément indique nettement que c'est une convention que les parties ont entendu passer entre elles.

Au fond, si l'on examine en quoi consiste l'acte de concession, on ne peut lui trouver d'autre objet que le suivant : moyennant certains avantages qui lui sont reconnus, le concessionnaire s'engage à gérer un service public. Cet échange de consentement sur un objet déterminé, qui crée un état de droit, c'est, par excellence, le contrat.

Est-ce à dire que l'État sera privé, pendant toute la durée de la concession, de tout droit d'intervention dans l'organisation et le fonctionnement du service concédé ? Il n'en est rien, mais il ne nous semble pas

qu'il soit nécessaire, pour justifier ce droit, de rejeter de la concession la notion de contrat. Il suffit de considérer que l'organisation et la direction des services publics constituent pour l'État ou ses démembrements une charge à laquelle ils ne peuvent se soustraire, un devoir qu'ils ne peuvent abdiquer. Les pouvoirs dont l'État est investi pour assurer cette organisation constituent ce que l'on a appelé « une compétence » (1) : ils sont hors du commerce ; aucune convention ne pourrait lui permettre de s'en dépouiller ni tacitement, ni expressément. Si une convention de ce genre était passée par lui, elle devrait être considérée comme non avenue. C'est ainsi que les clauses des cahiers des charges qui limitent les obligations du concessionnaire, en ce qui concerne l'exploitation du service, ne peuvent faire obstacle au droit d'intervention de l'État ; elles n'ont d'autre objet que de fixer le maximum des prestations qui, sur la base des clauses financières insérées au contrat, peuvent être exigées du concessionnaire. Elles servent à établir une balance entre les droits et les obligations du concessionnaire. Dès que, par le fait du Prince, les obligations deviennent plus onéreuses, l'équilibre doit être rétabli au moyen d'indemnités.

Il ne nous semble pas non plus que l'on doive dénier à la concession le caractère de contrat, pour expliquer le droit des tiers à invoquer à leur profit les clauses du cahier des charges relatives au fonctionnement du service public.

1. Joseph Barthélémy. L'État et le contrat. *Revue du Droit public*, 1911, p. 146.

Ce droit leur a été reconnu notamment par un arrêt du Conseil d'État en date du 3 février 1905 (Storch) (1), souvent cité par les partisans de la théorie que nous combattons (2).

L'espèce à l'occasion de laquelle a été rendu cet arrêt est la suivante : le 30 mars 1899, un décret déclara d'utilité publique le tramway de Noisy-le-Sec à la place de l'Opéra. En raison de vives réclamations que souleva au cours de l'enquête le projet de faire passer un tramway électrique rue Réaumur et rue du Quatre-Septembre, le cahier des charges de la concession prohiba formellement l'emploi du trolley et la ligne fut établie avec un système à plots.

Quelques années plus tard, commencèrent les travaux de construction de la ligne du Métropolitain qui emprunte le sous-sol des rues du Quatre-Septembre et Réaumur. En raison de tassements provoqués par ces travaux, l'exploitation par le système à plots devint impraticable et dangereuse pour le public. La compagnie exploitante obtint alors de l'Administration l'autorisation d'établir provisoirement, pendant la durée de la construction du Métropolitain, un fil aérien.

Contre la décision accordant cette autorisation, les habitants des rues Réaumur et du Quatre-Septembre,

1. *Rec.*, p. 110. En ce qui concerne l'application des tarifs, la Cour de cassation a, depuis longtemps, reconnu le droit des tiers à invoquer à leur profit les dispositions des cahiers des charges et des tarifs régulièrement homologués et publiés (V. notamment : Cass. 31 déc. 1879, S. 80.1.315 ; 12 mars 1890, S. 90.1.270 ; etc.).

2. V. Jèze : Note sous l'arrêt Storch, *Revue du Droit public*, 1905, p. 346.

réunis en « Syndicat des négociants, habitants et propriétaires de la rue Réaumur et des rues adjacentes », introduisirent devant le Conseil d'État un recours pour excès de pouvoir, cette décision ayant violé, prétendaient-ils, le cahier des charges de la concession, approuvé par le Conseil d'État.

Ce recours fut déclaré recevable, mais rejeté par des moyens tirés du fond. L'arrêt du 3 février 1905 déclare que « la disposition du cahier des charges de la Compagnie des tramways de l'Est parisien, approuvé par décret en Conseil d'État, qui, dans l'intérieur de Paris, prohibe l'emploi de conducteurs électriques aériens, est *impérative* ».

Le recours pour excès de pouvoir n'étant jamais ouvert pour violation du contrat, il semble, au premier abord, qu'en admettant en faveur des tiers la recevabilité de ce recours contre les actes de l'autorité administrative portant atteinte aux prescriptions du cahier des charges relatives au fonctionnement d'un service public concédé, le Conseil d'État ait voulu dénier à ces clauses le caractère contractuel. Tel n'est pas notre avis.

Certains auteurs, partisans de la nature contractuelle de l'ensemble des clauses des cahiers des charges, ont expliqué les droits du public vis-à-vis du concessionnaire par le mécanisme de la stipulation pour autrui (1). Nous ne croyons pas que les règles du Code civil puissent s'adapter au contrat de concession qui n'a pas son semblable dans le droit privé. D'ailleurs il est difficile de considérer comme des

1. A. Picard : *Traité des chemins de fer*, t. II, p. 101.

tiers vis-à-vis de l'État les futurs usagers du chemin de fer. En outre, ce n'est pas en considération de leur intérêt particulier, mais dans l'intérêt du public que sont insérées les clauses qu'ils peuvent invoquer à leur profit : toute ratification est de leur part superflue, bien plus, toute convention contraire à ces clauses est nulle (1). Le mécanisme de la stipulation pour autrui, en supposant qu'il puisse expliquer le droit des tiers d'invoquer à leur profit certaines clauses du cahier des charges, ne suffirait pas en tout cas à expliquer comment le recours *pour excès de pouvoir* est ouvert à ces tiers contre les actes de l'autorité administrative violant les prescriptions du cahier des charges. Ce recours n'est en effet jamais ouvert pour violation du contrat.

A notre avis, le droit pour le public d'invoquer à son profit les dispositions du cahier des charges relatives au fonctionnement du service concédé, peut s'expliquer par la nature même de la concession de service public. Le service public quoique concédé, n'en reste pas moins avant tout, nous l'avons vu, un service public. A la différence des services gérés directement par l'État, les dispositions qui régissent son fonctionnement proviennent d'un accord entre l'Administration et le concessionnaire, mais l'assentiment de ce dernier ne leur enlève point, à l'égard des administrés, leur caractère propre de règles édictées en vue de l'intérêt général et s'imposant à tous en vertu des pouvoirs qui appartiennent aux

1. Voir notamment, en matière d'application des tarifs : Cass., 1^{er} déc. 1896, S. 97.1.191.

autorités chargées d'organiser les services publics (1). C'est en ce sens que l'on peut dire que ces dispositions sont *impératives* et pour le public, et pour le concessionnaire et pour l'Administration elle-même tant qu'elles n'ont pas été modifiées dans les formes voulues.

De tout ce qui précède, il résulte que, dans les rapports entre l'autorité concédante et le concessionnaire, les seuls que nous ayons à envisager ici, l'acte de concession constitue bien un contrat. Dans les rapports entre le public et le concessionnaire d'une part, entre le public et l'Administration d'autre part, les clauses relatives au fonctionnement du service peuvent être considérées comme ayant un caractère réglementaire. Telle est, selon nous, la solution qui doit être admise lorsqu'il s'agit de déterminer la nature juridique de la concession. Telle paraît être celle dont s'inspire et la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation, qui statue en matière d'application des tarifs : tout en reconnaissant le caractère impératif de certaines clauses, dans les rapports entre le public et l'Administration ou le concessionnaire (arrêt Storch), le Conseil d'État n'a jamais dénié le caractère de contrat à l'acte de concession envisagé dans les rapports entre l'Administration et le concessionnaire, et les commissaires du gouvernement l'ont toujours formellement considéré comme tel (2).

1 En ce sens : Marlio, Mazerat, Vergniaud et Godfernaux : *Voies ferrées*, 1912, t. I, p. 63.

2. Voir notamment conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu : C. d'État 31 mai 1907, *Rec.*, p. 513.

Non seulement l'acte de concession est un contrat, mais c'est un contrat dont l'agencement a été prévu dans ses moindres détails par les parties. Celles-ci ont, sans aucun doute, malgré sa longue durée, voulu lui attribuer le caractère de fixité que refuse de lui reconnaître M. le Commissaire du gouvernement Blum dans ses conclusions précitées. Les cahiers des charges des Compagnies de chemins de fer en sont la meilleure preuve. Les avantages divers réservés à certains services publics (postes, armée, services pénitentiaires, etc.) y sont expressément formulés ; les obligations du concessionnaire en matière d'exploitation technique et commerciale, les règles à observer pour l'établissement des lignes, y sont mentionnées avec précision et avec de nombreux détails. Les parties auraient-elles pris d'aussi minutieuses précautions si elles n'avaient effectivement désiré fixer une fois pour toutes leurs droits et obligations respectifs?

On ne peut donc pas dire que les clauses réglant le mode de fonctionnement du service public n'ont été stipulées, *dans l'intention des parties*, qu'à titre en quelque sorte purement indicatif et en vue seulement d'établir une balance entre les obligations et les droits du concessionnaire, balance dont l'un des plateaux pourrait être surchargé au gré de l'Administration, à condition que l'équilibre soit rétabli. L'intention des parties n'est pas douteuse d'avoir voulu limiter strictement aux prévisions du contrat les obligations du concessionnaire vis à vis de l'État et du public.

Autre chose est de savoir si l'autorité concédante

pouvait ainsi, par le contrat, limiter son droit d'intervention dans le fonctionnement du service concédé. A l'époque où ont été passées les conventions qui régissent actuellement les concessions des grandes Compagnies de chemins de fer (1883), on le croyait généralement. Les conventions conclues à ce moment sous l'empire des faits existants semblaient d'ailleurs avoir prévu tous les cas et sauvegarder suffisamment les intérêts du public. Depuis cette époque, l'industrie des chemins de fer a pris une influence grandissante sur la prospérité et même la sécurité de la nation; des faits nouveaux ont surgi; il se trouve que certaines clauses des cahiers des charges ne sont plus en harmonie avec l'état de faits existant. L'intervention de l'État a paru de plus en plus nécessaire dans le fonctionnement d'un service indispensable au public.

C'est sous l'influence de ces idées, et aussi en considération de ce fait que la concession est accordée dans l'intérêt du public et non dans l'intérêt du concessionnaire, que le droit d'intervention de l'État, primitivement limité aux mesures intéressant la sûreté et la sécurité de l'exploitation, a été étendu par le décret du 1^{er} mars 1901 aux mesures intéressant l'hygiène et la commodité des voyageurs. L'arrêt du 6 décembre 1907, rendu sur un recours pour excès de pouvoir introduit contre ce décret, a approuvé cette extension.

C'est également sous l'influence de ces idées que la jurisprudence, au fur et à mesure qu'elle reconnaissait à l'Administration des pouvoirs d'intervention de plus en plus étendus, limitait davantage le droit de

cette Administration d'aliéner par contrat l'exercice des dits pouvoirs. Elle indique par là que l'intervention de l'État n'est pas pour lui un droit mais un devoir, auquel il ne peut se soustraire.

Ce n'est pas à dire que l'annulation d'un acte réglementaire ne soit plus possible pour violation du contrat. Nous avons vu que l'arrêt du 11 mars 1910 réserve expressément la possibilité pour le concessionnaire d'obtenir cette annulation dans certains cas exceptionnels.

Il y a au moins un cas dans lequel cette annulation reste possible. Ce cas est indiqué par M. le Commissaire du gouvernement Blum dans ses conclusions : si l'usage du droit de réglementation avait manifestement pour objet d'acculer le concessionnaire à la déchéance, de le frustrer de sa concession sans passer par la procédure du rachat, le Conseil de préfecture aurait le droit, en qualité de juge du contrat, d'annuler les actes de réglementation pris en vue de cet objet. Ce pouvoir d'annulation serait tiré du pouvoir qui lui a toujours été reconnu, en matière de concession, d'annuler une déchéance injustement prononcée.

Nous ne croyons pas, dans l'état actuel de la jurisprudence, qu'il puisse y avoir d'autres cas d'annulation possible d'un acte réglementaire pour violation du contrat. En effet, des termes de l'arrêt du 11 mars 1910, il ressort que l'Administration ne peut pas, par avance, aliéner, au moins implicitement, l'exercice des pouvoirs de réglementation qu'elle possède *dans l'intérêt du public*. La même solution est admise

depuis longtemps en ce qui concerne les pouvoirs qu'elle possède *dans l'intérêt de la sécurité publique*. Or, tous les pouvoirs qu'elle possède en vertu de la loi ou du règlement vis à vis du concessionnaire, elle ne les possède que dans l'intérêt du public ou dans l'intérêt de la sécurité publique. Tout acte pris en vue d'un autre objet serait susceptible d'un recours pour excès de pouvoir et n'aurait par conséquent aucun effet sur le contrat. C'est ainsi que l'acte de l'Administration portant atteinte aux clauses du contrat relatives à la situation financière du concessionnaire serait entaché d'excès de pouvoir et devrait être annulé par le Conseil d'État. De même l'acte par lequel l'Administration interviendrait, en vue d'un objet autre que celui de la sécurité de l'exploitation, dans les rapports entre les compagnies et leur personnel.

Il est à remarquer toutefois que le cas dans lequel a statué l'arrêt du 11 mars 1910 est celui dans lequel le cahier des charges a fixé un maximum aux obligations du concessionnaire, c'est-à-dire, dans lequel l'État n'a renoncé que d'une façon *implicite* à l'exercice de ses pouvoirs de réglementation. Quid si cette renonciation était *expresse*?

L'avis précité (1) de la Section des travaux publics du Conseil d'État en date du 21 mai 1901 déclarait : « Le préfet tenait de l'article 33 (du règlement d'administration publique du 6 août 1881) le pouvoir de « déterminer le service des trains, en en fixant le « nombre d'après les nécessités d'une bonne exploi-

1. V. *supra*, p. 52.

« tation. Le droit du préfet est général et absolu et
« ne rencontre d'autres restrictions que celles résultant des stipulations *expresses* des actes de concession. »

D'après cet avis, l'État pourrait bien s'engager par une clause expresse à ne pas user de son droit de réglementation, mais les précisions du contrat ne sauraient en aucun cas comporter une renonciation implicite de sa part à ce droit de réglementation.

La question n'a jamais été jugée au contentieux, aucun cahier des charges ne comportant, à notre connaissance, des clauses de ce genre. Les conclusions présentées par M. le Commissaire du gouvernement Blum dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt du 11 mars 1910, admettent, en ce qui concerne, tout au moins, la fixation du nombre des trains, la validité d'une clause expresse par laquelle l'État s'engagerait à ne pas user de ses pouvoirs de réglementation. Peut-être l'arrêt rendu conformément à ces conclusions a-t-il entendu réserver ce cas en déclarant que *les prévisions* du contrat ne suffisent pas à *elles seules* à entraîner l'annulation d'un arrêté réglementaire? C'est là une question que les circonstances ne nous permettent pas de résoudre.

A notre avis, lorsqu'une clause du cahier des charges fixe un maximum au nombre des trains qui peut être exigé du concessionnaire, on ne voit pas ce qu'y ajouterait l'engagement de l'État de ne pas enfreindre cette clause. Quand une partie prend par contrat un engagement, il va de soi qu'elle s'oblige par cela même à respecter cet engagement. Toutefois,

l'exécution du dit engagement ne peut être exigée que s'il est valable.

En ce qui concerne le droit de réglementation exercé par l'État en vue de l'intérêt du public ou de la sécurité publique, de deux choses l'une : ou l'État peut aliéner l'exercice de ce droit, ou il ne le peut pas. On ne voit pas pourquoi il ne pourrait faire implicitement ce qu'il peut faire expressément, *du moment que son intention n'est pas douteuse* : les contrats doivent être interprétés de bonne foi plutôt qu'à la lettre.

Or nous avons vu que les droits de réglementation de l'État constituant pour lui « une compétence », il ne peut, en aucun cas, en aliéner l'exercice, ni implicitement, ni expressément. La clause par laquelle il s'engagerait à ne pas user, dans telle ou telle circonstance, de ces droits, serait donc nulle et non avenue : son exécution ne pourrait être poursuivie.

La solution donnée dans cette matière par M. le Commissaire du gouvernement Blum se conçoit parfaitement dans son système : pour lui, il est de la nature du contrat de concession de n'être conçu *dès son origine* qu'en vue d'établir une balance entre les charges et les droits du concessionnaire, et les clauses apportant des précisions ne sont insérées qu'à titre indicatif et en vue de fixer la base de l'indemnité éventuelle qui serait due au concessionnaire, au cas où une aggravation serait apportée à ces charges. Dans ces conditions, lorsque l'État use de son droit de réglementation à l'encontre de ces clauses, il ne viole pas le contrat il ne manque pas à ses engage-

ments ; l'acte pris par lui doit donc être maintenu sous réserve d'indemnité en faveur du concessionnaire. Au contraire si, par une clause expresse, il s'engage à ne pas user de ses droits de réglementation au-delà du maximum indiqué au contrat, il ne peut manquer à cet engagement sans violer le contrat ; l'acte pris dans ces conditions doit être annulé.

Nous croyons avoir démontré que cette conception du contrat de concession était, sans aucun doute, contraire à l'intention des parties qui ont voulu fixer une fois pour toutes par cet acte leurs droits et obligations respectifs. L'État, en déterminant, dans certains cas, un maximum aux obligations du concessionnaire, a, sans aucun doute, voulu s'engager par ce fait, aussi bien qu'il aurait pu le faire par une stipulation expresse, à ne pas user de ses pouvoirs de réglementation au delà du maximum indiqué ; mais nous avons vu que le souci de plus en plus marqué, manifesté par la doctrine et la jurisprudence, de sauvegarder vis-à-vis du concessionnaire les intérêts du public, devait conduire à considérer comme non valable un engagement de cette nature.

Dans notre système, si l'acte pris par l'Administration dans la limite de ses pouvoirs réglementaires, mais en violation d'engagements insérés au contrat, ne peut être annulé en vertu de ce contrat, c'est que les engagements violés n'étaient pas valables parce que l'Administration n'avait pas le droit de les prendre. Peu importe alors que ces engagements soient formulés d'une façon expresse ou implicite. Dans un cas comme dans l'autre, l'acte pris en

violation du contrat sera maintenu, sous réserve du droit à indemnité en faveur du concessionnaire.

Quoiqu'il en soit, la question reste entière en jurisprudence, aucune décision n'ayant statué en cette matière.

2° Cas où l'Administration agit en vertu des droits qu'elle tient du contrat.

L'Administration n'intervient pas seulement dans le fonctionnement du service concédé en vertu des pouvoirs qu'elle tient de la loi ou des règlements. Par les cahiers des charges, elle s'est réservé le droit d'intervenir dans certaines matières pour lesquelles son intervention n'avait pas été prévue par les textes en vigueur. C'est ainsi que les cahiers des charges des Compagnies de chemins de fer ont réservé à l'autorité concédante le droit d'approuver les projets pour l'établissement du chemin de fer et de ses dépendances, de contrôler les travaux, d'arrêter le nombre et l'emplacement des stations ou haltes de voyageurs et des gares de marchandises, etc...

L'autorité concédante s'est de même réservé le droit de prononcer certaines sanctions contre le concessionnaire manquant à ses obligations (1).

Toutes les mesures que l'Administration peut ainsi prendre vis-à-vis du concessionnaire sont prises au moyen d'actes exécutoires par eux-mêmes. Ces actes, qui ne puisent leur force que dans le contrat, peu-

1. Pour l'étude des recours ouverts au concessionnaire contre les actes prononçant ces sanctions, v. *infra*, p. 82.

vent toujours être déférés au juge du contrat qui a le pouvoir de les annuler s'ils sont pris en violation des clauses du contrat. Le contentieux de cette sorte d'actes ne soulève qu'une question d'interprétation des conventions. C'est d'après les stipulations de ces conventions et seulement d'après ces stipulations que les tribunaux appelés à en connaître statueront sur la validité dans la forme ou au fond de ces actes.

Ce contentieux ne soulève donc en lui-même aucune question de principe importante. Seul l'examen des cas d'espèces, qui sortirait du cadre de cette étude, peut révéler certaines difficultés (1).

1. A titre d'exemple, de cette sorte de contentieux, v. C. d'État, 28 juin 1878 (C^{ie} du Nord), S. 1880.2.92; et 24 novembre 1882 (P.-L.-M.), S. 1884.3.60.

Dans ces deux espèces, la question soulevée était de savoir, si, *en vertu de l'article 9 des cahiers des charges* annexés aux conventions des 26 juin 1857 (Nord) et 3 juillet 1875 (P.-L.-M.), le ministre des Travaux publics avait le droit, en dehors de toute proposition des compagnies, de leur imposer, postérieurement à l'approbation des plans, la construction de gares, ou haltes non prévues aux projets approuvés. Le Conseil d'État a résolu la question par la négative et a annulé les décisions ministérielles attaquées.

Même solution au cas de changement de nom d'une station (C. d'État, 11 mars 1898, *Rec.*, p. 224).

CHAPITRE III

Sanctions administratives contre l'inexécution des obligations du concessionnaire.

Pouvoirs du juge à l'occasion de ces sanctions.

En cas d'inexécution par le concessionnaire des conditions de l'acte de concession, l'autorité concédante dispose contre lui d'un certain nombre de sanctions parmi lesquelles la déchéance et la mise sous séquestre.

DÉCHÉANCE

La déchéance, qui consiste dans le retrait de la concession, est généralement prévue par les cahiers des charges. Les articles 39, 40 et 41 des cahiers des charges des grandes compagnies de chemins de fer prévoient qu'elle peut être prononcée par le ministre des Travaux publics.

1° si les travaux n'ont pas été commencés dans les délais prévus ;

2° s'ils ne sont pas achevés au terme prévu ;

3° si l'exploitation est suspendue ou interrompue et n'est pas reprise par le concessionnaire dans un

délai de trois mois à partir de l'organisation d'un service provisoire par les soins de l'État ;

et, d'une manière générale, « faute (par le concessionnaire) d'avoir rempli les diverses obligations qui lui sont imposées par le présent cahier charges » (art. 39).

La déchéance est également prévue, en ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt local, par l'article 7 de la loi du 11 juin 1880 et les articles 37 à 40 du cahier des charges type du 6 août 1881. Les conventions spéciales et lois approbatives peuvent d'ailleurs apporter des modifications aux clauses de ce cahier des charges type, concernant par exemple l'énumération des cas dans lesquels la déchéance peut être encourue et les formes suivant lesquelles cette mesure peut être prononcée,

Les actes de concessions municipales contiennent enfin, pour la plupart, des clauses prévoyant et réglementant la déchéance.

Qui peut prononcer la déchéance ? — Si la sanction est prévue au contrat, il faut suivre les règles qui lui sont appliquées par ce contrat, en tant naturellement qu'elles ne sont pas contraires à la loi. C'est ainsi que l'article 7 de la loi du 11 juin 1880, relative aux chemins de fer d'intérêt local, dispose que « la déchéance est prononcée, *dans tous les cas*, par le ministre des Travaux publics, sauf recours au Conseil d'État par la voie contentieuse. »

Seule l'autorité à laquelle le contrat ou la loi a donné le pouvoir de prononcer la déchéance peut la prononcer ; le juge du contrat lui-même ne peut, en

aucun cas, se substituer à elle. Si par exemple, d'après le cahier des charges de la concession, cette mesure doit être prononcée par le préfet, c'est à tort que le Conseil de préfecture se reconnaît compétent pour statuer directement sur la demande de l'autorité concédante tendant à la faire prononcer par lui (1).

Si la déchéance n'est pas prévue au contrat, l'Administration ne peut la prononcer d'office contre le concessionnaire, mais elle peut obtenir du juge du contrat l'application de cette sanction si ce juge estime que les manquements du concessionnaire à ses obligations sont assez graves pour justifier cette mesure (2). L'autorité administrative qui prononcerait directement la déchéance en dehors d'une clause de l'acte de concession lui donnant ce droit, commettrait une illégalité, même si cette sanction était méritée du concessionnaire (3).

Dans quels cas la déchéance peut-elle être prononcée? — Si la déchéance est prévue au contrat, ce contrat indique généralement les cas dans lesquels elle peut être prononcée. Il n'y a alors qu'à appliquer le contrat, en tenant compte du fait que l'énumération de ces cas a toujours un caractère limitatif. Si la déchéance est prévue, d'une manière générale, en cas de manquement du concessionnaire à ses obliga-

1. C. d'État, 24 juillet 1903 (Deplanque). *Rec.* p. 541.

2. C. d'État, 5 juin 1891 (Bouvard), *Rec.*, p. 413 ; 18 mars 1892 (Ville de Limoux), *Rec.*, p. 283 ; 20 mai 1892 (Tessier), *Rec.*, p. 456 et conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu.

3. C. d'État, 8 février 1878. *Rec.*, p. 127 ; 15 mai 1888, *Rec.*, p. 455.

tions, cette mesure ne peut évidemment être prononcée que si les manquements présentent un caractère assez grave pour justifier cette sanction.

Si la déchéance n'est pas prévue au contrat, le juge ne peut également la prononcer que pour manquements graves aux obligations imposées par ce contrat.

Est-ce à dire que les manquements qui ne présentent pas un degré de gravité suffisant doivent être dépourvus de sanction ?

Jusqu'à ces dernières années, il était de jurisprudence constante que le cahier des charges d'une concession se suffit à lui-même, qu'il règle seul les rapports du concédant et du concessionnaire au point de vue de leurs obligations réciproques et des sanctions qu'elles comportent. Seules les sanctions prévues par le contrat pouvaient donc être appliquées et notamment le concessionnaire ne pouvait, en aucun cas, être condamné à des dommages-intérêts pour inexécution de ses obligations si le cahier des charges ne prévoyait pas cette sanction (1).

La déchéance était toutefois considérée comme la sanction de droit commun en matière de concession, applicable même dans le silence du cahier des charges. En l'absence de clauses pénales, le juge ne disposait donc que de la déchéance pour réprimer les manquements du concessionnaire à ses obligations. Mais, même lorsqu'elle se trouvait justifiée, elle constituait une mesure tellement grave que, dans bien des cas, l'Administration hésitait à y recourir et que le juge lui-même hésitait à la prononcer, de sorte que

1. C. d'État, 15 juillet 1881, *Rec.*, p. 711 ; 11 janvier 1884, *Rec.*, p. 39.

les manquements du concessionnaire à ses obligations étaient en fait souvent dépourvus de sanction.

Un arrêt du 31 mai 1907 (1) a reconnu au juge du contrat le pouvoir de condamner la partie défaillante à des dommages-intérêts, même si cette mesure n'est pas prévue au contrat. Cet arrêt n'a fait qu'étendre au contrat de concession les règles du droit commun applicables en matière d'inexécution des obligations (art. 1142 du Code civil).

Recours contre les décisions administratives prononçant la déchéance (2). — Lorsque les cahiers des charges confèrent à l'autorité concédante ou à une autre autorité administrative le pouvoir de prononcer la déchéance de la concession, cette pénalité est prononcée par un acte exécutoire de cette autorité. Cet acte est, dans tous les cas, susceptible d'un recours contentieux devant les tribunaux administratifs, que ce recours soit ou non prévu dans les contrats ou textes en vertu desquels cette mesure est prise et quelles que soient les garanties dont l'entoure le contrat.

Le juge du contrat auquel est déféré un acte de cette nature a qualité pour examiner la validité de cet acte aussi bien au fond que dans la forme ; il peut l'annuler, et rétablir le concessionnaire dans ses droits, s'il estime que la déchéance n'est pas justifiée. Cette solution a été contestée par M. Picard (3), mais

1. *Rec.*, p. 513 et conclusions de M. le Commissaire du gouvernement Romieu.

2. Pour les règles de compétence, v. *infra*, p. 144.

3. A. Ricard. *Traité des Chemins de fer*, t. II, p. 638.

elle a été formellement adoptée par le Conseil d'État dans de nombreux cas d'espèces (1).

Il en serait autrement si le contrat était à tort qualifié concession et ne constituait en réalité qu'un simple louage de services ou une régie intéressée. Dans ce cas, le cocontractant de l'Administration pourrait avoir droit à une indemnité en cas de déchéance injustifiée, mais la mesure ne pourrait être annulée. Ainsi en a décidé le Conseil d'État par un arrêt en date du 6 avril 1895 (2), d'après lequel le traité passé pour une période déterminée entre une ville et un entrepreneur pour les distributions d'eau, moyennant le droit pour l'entrepreneur de prélever une part de recette brute, ne constitue pas un traité de concession proprement dit lorsque les travaux de canalisation ont été effectués par la ville et les branchements particuliers, établis par l'entrepreneur, lui ont été payés directement par la ville sur série de prix. Un traité de ce genre constitue une régie intéressée.

Le régisseur intéressé se différencie du concessionnaire en ce qu'il n'a pas à engager de capitaux pour travaux de premier établissement. Dans ces conditions, la rupture du contrat n'entraîne pas pour lui des conséquences aussi graves que pour le concessionnaire et c'est ce qui explique la solution différente donnée par le Conseil d'État aux deux cas. D'autre part, dans le cas de marché de travaux publics ordi-

1. C. d'État, 18 février 1878 (ville de Bourges), *Rec.*, p. 127; 27 juillet 1906 (mines du Château-sur-Cher), *Rec.*, p. 694; 20 janvier 1905 (Soc. départementale des Eaux, Langres), *Rec.*, p. 54.

2. *Rec.*, p. 345.

naire, le droit pour l'Administration de résilier le contrat de sa propre volonté est basé sur l'article 1794 du Code civil qui accorde ce droit à tout maître de l'ouvrage à condition d'indemniser l'entrepreneur du préjudice causé et du manque à gagner. Au contraire, dans le cas de concession de travaux publics, on reconnaît au concessionnaire un droit acquis à la jouissance de sa concession qui ne peut lui être enlevée que dans les cas prévus au contrat ou dans le cas de manquements graves à ses obligations.

Le juge appelé à examiner le bien fondé d'une déchéance prononcée par l'Administration possède, d'après la jurisprudence du Conseil d'État, les pouvoirs d'appréciation les plus larges : si le traité de concession contient l'énumération des faits susceptibles d'entraîner la déchéance, il doit évidemment annuler tout acte qui aurait prononcé cette sanction en dehors des cas prévus, mais s'il n'est lié par aucune disposition impérative du traité, il doit mesurer le degré de gravité des faits d'inexécution relevés pour apprécier s'ils sont assez importants pour entraîner la déchéance (1), il doit même examiner si l'autorité concédante a bien fait tout ce qui dépendait d'elle pour éviter de recourir à la mesure extrême que constitue la déchéance.

Il s'est ainsi formé sur cette matière une jurisprudence prétorienne, analogue à celle que nous avons précédemment signalée sur d'autres sujets, qui, de sa propre autorité, a réglementé les formalités suivant lesquelles la déchéance devait être prononcée et a

1. C. d'État, 18 mars 1892 (V. de Limoux), *Rec.*, p. 283.

reconnu aux tribunaux le droit dans certains cas d'accorder des délais au concessionnaire pour l'exécution de ses obligations.

La plupart des contrats qui prévoient la déchéance stipulent qu'elle ne pourra être prononcée qu'après mise en demeure adressée au concessionnaire et seulement dans un certain délai après cette mise en demeure restée sans effet.

La jurisprudence du Conseil d'État a décidé que cette mise en demeure préalable doit être adressée dans tous les cas au concessionnaire, que ce soit l'Administration elle-même ou les tribunaux qui aient à prononcer la déchéance. Aucune déchéance ne peut plus être prononcée sans mise en demeure (1).

La dispense de cette formalité peut d'ailleurs être stipulée au contrat, auquel cas, la seule inexécution de l'obligation peut de plein droit entraîner la déchéance (2).

La jurisprudence s'est enfin reconnu le droit, lorsqu'un acte prononçant une déchéance lui est déféré, d'en suspendre les effets et d'accorder au concessionnaire un délai pour exécuter ses obligations, au cas notamment où ce n'est pas par la seule faute de ce dernier que le retard dans l'exécution s'est produit (3).

1. C. d'État, 31 juillet 1885, *Rec.*, p. 743 ; 11 juin 1886, *Rec.*, p. 529
22 février 1889, *Rec.*, p. 849 ; 20 mai 1892 et conclusions de M. le
Commissaire du gouvernement Romieu, *Rec.*, p. 456.

2. C. d'État, 13 juillet 1883, *Rec.*, p. 664.

3. C. d'État, 24 mars 1882, *Rec.*, p. 279.

SEQUESTRE

Aux termes de l'article 40 du cahier des charges grandes Compagnies de chemins de fer, si l'exploitation du chemin de fer vient à être interrompue en totalité ou en partie, l'Administration prend immédiatement, aux frais et risques de la compagnie, les mesures nécessaires pour assurer provisoirement le service. Cette mainmise provisoire de l'Administration sur la concession constitue ce que l'on appelle le sequestre.

L'article 39 du cahier des charges type des chemins de fer d'intérêt local contient des dispositions analogues.

Le sequestre ne peut être prononcé que par voie de décision exécutoire de l'Administration et seulement si cette sanction est expressément prévue au contrat. Les tribunaux ne peuvent en aucun cas l'ordonner, les seules sanctions applicables, en l'absence de clauses pénales, à l'inexécution des obligations du concessionnaire étant la déchéance et la condamnation à des dommages intérêts.

Tout ce qui a été dit ci-dessus à propos de la déchéance, au cas où celle-ci doit être prononcée par l'Administration, peut s'appliquer au sequestre. Il n'y a toutefois, à notre connaissance, aucune jurisprudence sur la matière, la plupart des mises sous sequestre auxquelles l'Administration a dû recourir ayant été sollicitées par les compagnies elles-mêmes.

CHAPITRE IV

Recours au profit du concessionnaire à l'occasion d'un acte législatif.

Principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur. Limitation de ce principe.

Nous avons retracé précédemment l'évolution subie par la jurisprudence du Conseil d'État au cours de ces dernières années en matière de recours contre les actes dommageables de l'autorité administrative ; la même évolution, dans le sens de l'extension du principe de responsabilité, se poursuit actuellement dans cette jurisprudence en matière de recours contre les actes législatifs. Les hypothèses dans lesquelles a été admise la responsabilité de l'État-législateur sont encore assez rares, mais on aperçoit, de la part de la juridiction administrative, une tendance nettement marquée à admettre cette responsabilité dans des cas de plus en plus nombreux.

Remarquons tout d'abord qu'en cette matière il ne peut être question de contentieux de l'annulation, mais c'est plutôt en raison d'une impossibilité de fait que pour des motifs d'ordre théorique : c'est qu'il n'y a pas en France de tribunaux pouvant annuler

la loi. Nous verrons toutefois que dans certaines circonstances où les conséquences d'une loi paraissent trop iniques, le Conseil d'État est arrivé aux mêmes résultats pratiques que si la loi avait été annulée, en la considérant comme inexistante (1).

L'on ne voit aucune raison de principe pour traiter différemment, au point de vue de la responsabilité de l'État, la loi et le règlement. Ces deux actes ont en eux-mêmes la même nature juridique, ils ne diffèrent que par leur origine.

Cependant, alors que le principe de l'irresponsabilité tirée du caractère de l'acte a été peu à peu complètement abandonné en matière d'actes de l'autorité administrative, c'est encore ce principe qui régit actuellement la matière des actes législatifs.

Il est intéressant de rechercher quel est, dans cette dernière matière, le fondement de ce principe, car les solutions de la jurisprudence nous indiquent qu'il n'est pas absolu, qu'il comporte des exceptions qui se révèlent de plus en plus nombreuses. Cette recherche nous permettra d'en déterminer l'étendue, d'en fixer les limites au delà desquelles le droit commun, c'est-à-dire le principe de responsabilité en cas de dommages, reprendra son empire.

Le fondement traditionnel du principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur est tiré du caractère souverain de la loi. La loi, dit-on, « est un acte de souveraineté, et le propre de la souveraineté est de s'imposer à tous sans qu'on puisse exiger d'elle

1. V. Cas où l'État, par une décision du Parlement, supprime ou réduit une de ses obligations contractuelles, p. 104.

aucune compensation » (1). Dans cette théorie, la loi est considérée comme le commandement adressé à ses sujets par le détenteur de la souveraineté. Étant l'expression d'une volonté souveraine, la loi ne peut violer le droit, puisqu'elle est elle-même le droit.

Si l'on fonde ainsi l'irresponsabilité de l'État sur sa souveraineté, il semble difficile d'admettre qu'il puisse y avoir des exceptions à ce principe : la souveraineté est, par définition, sans limites ; elle s'étend à tous les domaines ; elle est, de plus, inaliénable. L'État ne pourrait donc, en aucun cas, aliéner la plus petite parcelle de son pouvoir souverain.

Les auteurs qui soutiennent actuellement cette théorie (2) admettent cependant que l'État peut encourir des responsabilités financières du fait de la promulgation de certaines lois, lorsque ces lois font obstacle à l'exécution d'engagements contractuels ou portent tout au moins de graves atteintes à ces engagements (3).

D'autre part, la souveraineté ne se manifeste pas seulement par l'exercice du pouvoir législatif : les règlements et, en général, toutes les mesures de police prises par l'Administration constituent également une de ses manifestations. Cependant, même dans le système que nous combattons, c'est le principe de responsabilité qui est admis pour le cas de dommages

1. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 12 et suiv.

2. V. notamment Teissier. *La responsabilité de la puissance publique*, p. 15 et s. ; Michoud. De la responsabilité de l'État, *Revue du droit public*, 1895, p. 254.

3. Teissier : *op. cit.*, p. 197 et s.

causés par ces derniers actes. Cette différence ne s'explique pas.

La théorie de la souveraineté est actuellement battue en brèche par un fort parti de la doctrine. Déjà, en 1895, lors de la discussion au Sénat de la loi du 8 juin 1895 ouvrant une action en indemnité contre l'État à ceux qui ont souffert de l'erreur d'un jury criminel ou d'un tribunal correctionnel et ont obtenu la révision de la sentence, le rapporteur du projet de loi, M. Béranger, s'élevait avec vigueur contre cette théorie : le garde des sceaux d'alors ayant rappelé que la loi en discussion était une dérogation au principe général de l'irresponsabilité de l'État en cas d'actes de souveraineté, il s'écriait : « Cette prétendue doctrine de l'infailibilité de l'État n'est plus de notre temps, c'est une thèse féodale et je regrette de la voir approuver par le gouvernement. »

Les auteurs qui ont écrit le plus récemment sur la matière rattachent à l'idée fondamentale suivante le principe de l'irresponsabilité de l'État en matière législative : la loi est l'expression et la mise en œuvre d'une règle de droit ; or « une règle de droit est « générale et impersonnelle, c'est là son caractère « essentiel ; elle ne crée ni ne modifie aucun droit « subjectif ; elle pose simplement des règles de conduite sociale ; elle se borne à organiser des pouvoirs généraux impersonnels.

« D'autre part, pour donner lieu à indemnité, le « préjudice doit être *spécial, particulier, exceptionnel*. Une règle générale ne peut pas causer de préjudices spéciaux, particuliers, à raison de sa généralité même. Dès lors une indemnité n'est pas due

« au cas où, par suite d'une modification de la législation, un préjudice est éprouvé. Ce préjudice est « *général*, il n'est pas *spécial*. » (1).

Dans ce système, le principe de l'irresponsabilité à raison d'une mesure législative ne s'applique évidemment qu'autant que la mesure législative possède le caractère de généralité qui en fait une loi au sens strict que donnent à ce mot les partisans du dit système. Or l'on sait que le Parlement, tout comme les autorités administratives, ne statue pas seulement par voie de mesure générale, c'est-à-dire par acte réglementaire, mais prend également un certain nombre de mesures individuelles qui présentent plutôt le caractère d'actes administratifs que d'actes législatifs. Le principe de l'irresponsabilité ne s'appliquerait qu'aux actes réglementaires et non aux actes individuels du Parlement.

Les auteurs qui soutiennent la thèse d'après laquelle le principe de l'irresponsabilité de l'État en matière législative a son fondement dans le caractère général de la loi sont tout naturellement amenés à supprimer toute distinction à cet égard entre la loi et le règlement proprement dit. Cette assimilation de deux sortes d'actes qui ont absolument le même caractère intrinsèque nous semble tout à fait logique.

Ces auteurs admettent d'ailleurs que le principe de l'irresponsabilité de l'État en cette matière doit comporter des exceptions inspirées par un sentiment d'équité, mais ils ne sont plus d'accord lorsqu'il

1. Jèze. *Revue du Droit public*, 1908, p. 58 et s. Voir également en ce sens : Joseph Barthélemy. *Revue du Droit public*, 1907, p. 92 ; Duguit. *Traité de Droit constitutionnel*, 1911, p. 667.

s'agit de déterminer les cas qui constituent ces exceptions.

Pour M. le professeur Jèze (1), la responsabilité de l'État, en cas de modification législative ne pourrait être mise en cause qu'autant qu'il y aurait atteinte à une situation *subjective*. Lorsque la règle de droit nouvelle rend plus onéreuse l'exécution des obligations qui lient l'individu à l'Administration, la question de savoir s'il y a lieu à indemnité serait résolue de la même manière que lorsqu'elle s'agit à l'occasion des rapports juridiques des particuliers entre eux, c'est-à-dire d'après l'intention présumée des parties. Si les parties ont prévu le cas, on appliquera purement et simplement les clauses du contrat, étant entendu que les clauses de responsabilité doivent être interprétées restrictivement (2), sinon le juge devra rechercher, d'après les circonstances de la cause, quelle a été leur intention au moment de la conclusion du contrat. C'est ce que le Conseil d'État aurait jugé par son arrêt du 6 décembre 1907 rendu à l'occasion du recours des grandes Compagnies de chemins de fer contre le décret du 1^{er} mars 1901 : « Considérant que si les mesures prescrites introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties contractantes... » auquel cas, ajoute l'arrêt, il y aurait « atteinte aux conventions intervenues entre les parties... »

Dans cette théorie l'État se trouverait responsable non comme ayant violé le contrat, mais de la même

1. *Revue du Droit public*, 1908, p. 58 et s.

2. C. d'État, 10 janvier 1908 (Noiré et Beyssac). *Rec.*, p. 28.

manière que le serait toute autre partie contractante.

D'après M. le professeur Duguit (1), ce ne serait pas seulement en cas d'atteinte à une situation juridique subjective qu'il y aurait lieu à indemnité, mais « toutes les fois qu'un préjudice est causé, dans l'intérêt de la collectivité, à un individu *qui ne se trouve pas dans une situation illicite*. » L'opinion précitée de M. le professeur Jèze ne tiendrait pas devant ce fait que, suivant une jurisprudence constante, une loi nouvelle est considérée en droit civil comme un cas fortuit pour les parties contractantes, et, comme tel, ne donne jamais lieu à indemnité.

Suivant que l'on adopte l'une ou l'autre des deux thèses analysées ci-dessus, les solutions à apporter aux cas d'espèces varieront considérablement. A titre d'exemples, nous examinerons les conséquences de chacune d'elles dans les deux cas suivants :

1° Loi interdisant l'exercice d'une industrie ;

2° Décret du 1^{er} mars 1901 (acte réglementaire assimilé, nous l'avons vu, par les deux systèmes, à l'acte législatif).

Premier cas. — Loi interdisant l'exercice d'une industrie.

Une loi du 14 mars 1904 a interdit l'exercice de l'industrie des bureaux de placement payants. Cette loi a prévu une indemnité en faveur des tenanciers dépossédés. Si cette indemnité n'avait pas été expressément prévue par elle, les tenanciers n'en auraient-ils pas moins pu l'obtenir des tribunaux ?

Les auteurs qui fondent le droit à indemnité sur

1. *Op. cit.*, p. 174.

L'atteinte portée à une situation juridique subjective ou à un droit subjectif reconnu au profit d'un individu, répondront par la négative, l'exploitation d'un bureau de placement ne constituant pas une situation de droit subjectif, mais une simple situation de fait.

D'après M. Duguit, au contraire, la situation de l'industriel en question est une situation licite ou de droit objectif. Cela suffit pour justifier à son profit un droit à indemnité.

Deuxième cas. — Décret du 1^{er} mars 1901.

L'on sait que ce décret, portant règlement d'administration publique, a introduit de nombreuses modifications à l'ordonnance du 15 novembre 1846 sur la police des chemins de fer, modifications qui se sont traduites par une aggravation des charges d'exploitation des compagnies. Un recours pour excès de pouvoir a été porté devant le Conseil d'État contre ce décret par les compagnies intéressées. Il a été rejeté par arrêt du 6 décembre 1907 (1), les pouvoirs de réglementation de l'État en cette matière « dérivant des lois du 11 juin 1842 et 15 juillet 1845 et non pas du contrat de concession, lequel ne saurait faire obstacle à leur exercice. » Cet arrêt réservait toutefois le droit des compagnies d'introduire devant le juge du contrat un recours en indemnité si celles-ci se croyaient fondées à soutenir que les mesures prescrites par le décret attaqué avaient introduit dans les charges de leur exploitation un élément n'ayant pu entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion des contrats.

1. *Rec.*, p. 913.

Cet arrêt a été approuvé par tous les auteurs, parce qu'il est conforme aux plus élémentaires notions d'équité. Mais la solution qu'il a adoptée au point de vue du droit à indemnité des compagnies peut-elle s'expliquer dans l'un et l'autre des systèmes que nous venons d'exposer ?

Dans la théorie de M. le professeur Duguit, cette solution s'explique parfaitement quelle que soit l'opinion que l'on puisse avoir sur la nature juridique des clauses du cahier des charges relatives au fonctionnement du service public. Si l'on admet en effet la nature réglementaire, unilatérale de ces clauses, on doit en conclure que le décret de 1901 modifie seulement le régime légal du service public. Toutefois cette modification cause à un particulier, dans l'intérêt de la collectivité, un préjudice déterminé ; elle porte atteinte à une situation légale ou de droit objectif : cette atteinte suffit à justifier le droit à indemnité et le préjudice doit être réparé sur les fonds de la caisse collective. Si l'on admet la nature contractuelle des clauses en question, l'on doit en conclure que le décret de 1901 porte atteinte à une situation subjective et tous les auteurs s'accordent dans ce cas à reconnaître un droit à indemnité en faveur du particulier lésé.

Au contraire, dans la théorie qui ne reconnaît le droit à indemnité à l'occasion d'un acte législatif qu'au cas d'atteinte portée à une situation subjective, la solution de l'arrêt de 1907 ne s'explique que si l'on admet le caractère contractuel des clauses des cahiers des charges relatives au fonctionnement du service concédé. Si l'on admet en effet que ces clau-

ses sont de nature réglementaire, l'acte qui les modifie ne modifie qu'une situation objective : le droit à indemnité n'existe pas.

Un système qui aboutit à ces conséquences se condamne de lui-même et nous voyons là une nouvelle raison pour repousser la théorie qui voit dans les clauses des cahiers des charges, relatives au fonctionnement des services publics, un acte unilatéral pouvant être modifié par la seule volonté de l'autorité concédante. Cette théorie ne peut en effet s'allier avec celle qui ne reconnaît le droit à indemnité en faveur de l'individu lésé par une mesure législative qu'en cas d'atteinte portée à une situation subjective. Or, cette dernière théorie est celle qui rallie la presque unanimité de la doctrine et nous verrons que c'est également celle à laquelle le Conseil d'État semble se rallier.

En ce qui nous concerne, la théorie de M. le professeur Duguit, qui tend à accorder une indemnité à tout individu lésé par une mesure législative, qui ne serait pas dans une situation illégale, ne nous semble pas préciser suffisamment les cas de responsabilité de l'État pour pouvoir être appliquée en pratique. De même que les théories de l'égalité des charges ou du risque administratif, que nous avons analysées au début de cette étude, la théorie de M. le professeur Duguit, qui témoigne d'un souci profond de sauvegarder vis à vis de l'État les droits individuels, devrait inspirer le législateur ; le juge ne peut l'appliquer.

Nous n'admettons donc le droit à indemnité à l'occasion d'une mesure législative qu'en cas d'at-

teinte portée à une situation subjective. Toutefois nous considérons que l'État est bien responsable en pareil cas comme ayant violé le contrat et non de la même manière que le serait toute autre partie contractante. Ainsi que le fait remarquer M. le professeur Duguit (1), la promulgation d'une loi nouvelle est en effet considérée en droit civil comme un cas fortuit et ne donne jamais lieu à indemnité au profit de la partie dont les obligations sont rendues plus onéreuses par la loi.

Naturellement, le principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur ne s'applique plus au cas où le législateur lui-même a pris soin de prévoir en faveur de l'individu lésé un droit à indemnité. Des clauses de ce genre ont été insérées dans plusieurs des lois votées au cours de ces dernières années. Nous avons cité les lois du 8 juin 1895 sur les erreurs judiciaires et du 14 mars 1904 sur les bureaux de placement ; il faut y joindre la loi du 5 décembre 1908 sur le raccordement des voies de fer avec les voies d'eau, qui, par son article 3, accorde une indemnité aux Compagnies de chemins de fer à raison du préjudice qui pourrait leur être causé par son application.

Les tribunaux pourraient-ils accorder une indemnité à l'occasion d'une loi qui, par une clause expresse, refuserait tout droit à réparation au profit des individus lésés par ses prescriptions ?

Les auteurs admettent généralement que, dans ce cas, les tribunaux ne pourraient pas accorder d'indemnité. A notre avis, il y a lieu de distinguer sui-

1. V. *supra*, p. 97.

vant les cas qui peuvent se présenter. Sans doute les tribunaux, qui ont été créés pour appliquer la loi, ne peuvent délibérément violer ses dispositions, et ils devraient refuser toute indemnité si la loi en question était le seul texte en présence duquel ils se trouvaient. Mais, lorsqu'à la loi qui édicte une prescription, on oppose la convention *passée avec l'État* qui édicte une prescription contraire, l'hésitation est permise sur la solution à adopter, si l'on tient compte que la convention tient lieu de loi *entre les parties*.

Il semble qu'en pareil cas la distinction suivante doive être opérée :

1° La convention passée avec l'État ne prévoit pas le cas où, par suite d'une nouvelle réglementation, les obligations du co-contractant de l'État seraient rendues plus onéreuses : l'on doit donner alors la préférence au texte clair et précis, c'est-à-dire la loi, sur celui dans lequel l'intention des parties peut paraître douteuse, et aucune indemnité ne sera allouée au co-contractant de l'État quelle que soit l'importance du dommage subi. Toutefois si la nouvelle législation bouleversait l'économie du contrat, le co-contractant de l'État aurait encore la ressource de demander la résiliation de son contrat, mais sans dommages-intérêts.

2° La convention passée avec l'État stipule expressément une indemnité à la charge de l'État en cas de modification législative rendant plus onéreuses les obligations de son co-contractant : dans ce cas, il y aura lieu à indemnité, étant entendu que les clauses de responsabilité doivent être interprétées restrictivement. La convention crée en effet au cocontractant

de l'État une situation spéciale vis-à-vis de lui, situation que la loi, qui, elle, est générale, ne peut pas atteindre.

*
* *

De tout ce qui précède, il ressort que, pour la généralité des auteurs, il y a au moins un cas dans lequel fléchit le principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur, c'est lorsque les prescriptions de la loi portent atteinte à une situation contractuelle. L'étendue de cette exception sera plus ou moins large suivant le système adopté sur le fondement de ce principe, mais dans tous les systèmes l'exception est admise. Elle est également admise par la jurisprudence du Conseil d'État.

Cette jurisprudence, partie du principe de l'irresponsabilité absolue de l'État à raison d'une mesure législative (1), s'est peu à peu départie de cette rigueur au fur et à mesure que se sont révélés des cas d'espèces dans lesquels l'application de ce principe eût paru particulièrement choquante. Le nombre de décisions rendues par cette juridiction en matière de concession est excessivement rare. Nous devons donc rechercher souvent dans les autres matières contractuelles les solutions admises dans tel ou tel cas par la jurisprudence, pour en faire l'application aux cas analogues qui pourraient se présenter dans les rapports entre l'autorité concédante et le concessionnaire. Nous n'étudierons d'ailleurs l'évolution de cette jurisprudence que dans la matière contractuelle,

1. C. d'État, 11 janvier 1838 (Arrêt Duchâtelier).

qui est la seule dans laquelle le Conseil d'État ait jusqu'ici consenti à admettre d'une façon formelle la responsabilité de l'État législateur.

A) CAS OU L'ÉTAT, PAR UNE DÉCISION DU PARLEMENT, SUPPRIME OU RÉDUIT UNE DE SES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES.

Parmi les actes du Parlement, nous avons vu qu'il faut distinguer les actes individuels des actes généraux ou réglementaires. Les premiers ont plutôt un caractère administratif que législatif; aussi la jurisprudence s'est-elle bientôt départie pour eux du principe d'irresponsabilité; bien plus, si elle n'a pu prononcer l'annulation de ces actes, en fait, elle a abouti, dans certains cas, au même résultat, en les considérant comme inexistant, en réglant la situation des parties comme s'ils n'existaient pas. Ci-dessous quelques exemples de cette jurisprudence.

D'après un accord conclu entre l'État et la Fabrique de Saint-Jean de Maurienne en 1860, l'État prenait à sa charge le paiement des traitements alloués aux membres du clergé de la Savoie et du Comté de Nice avant la cession de ces territoires à la France, moyennant la cession à son profit des rentes qui, sous le nom de « cartelles », constituaient la dotation du dit clergé. La loi de finances du 21 mars 1885 supprima les crédits précédemment affectés, comme conséquence de cet accord, à la Fabrique de Saint-Jean de Maurienne. En exécution de cette loi, le mi-

nistre des Cultes refusa d'ordonnancer le traitement d'un chanoine, refus fondé sur l'absence des crédits. Deux arrêts du Conseil d'État, en date du 8 août 1892 (1) et 8 août 1896 (2), annulèrent la décision du ministre et, nonobstant la décision du Parlement, renvoyèrent les parties devant le ministre pour faire procéder à la liquidation des sommes dues.

Dans ces arrêts, le Conseil d'État se garde de discuter la décision du Parlement. C'est sous prétexte d'interpréter cette décision que, très habilement, dans un sentiment d'équité qui l'honore, il en dénature complètement la portée. Il l'interprète non comme un refus de payer, ce qui était en réalité, mais comme un simple refus de continuer l'ancien mode de paiement.

A la suite de ces deux arrêts, le Parlement rétablit le crédit.

Dans une deuxième espèce (3), c'est encore par le même procédé que le Conseil d'État a consenti à reconnaître le droit d'un co-contractant de l'État, même à l'encontre de la loi.

Par une convention conclue le 18 mai 1865 avec l'État, la Société Algérienne, à laquelle a été substituée depuis la Compagnie Algérienne, s'engageait à mettre à la disposition du Trésor une somme de 100 millions remboursable en cinquante années par annuités calculées au taux de 5.25 %, intérêt et amortissement. Le chiffre de 100 millions fut réduit par

1. *Rec.*, p. 707.

2. *Rec.*, p. 663.

3. C. d'État, 7 décembre 1894, *Rec.*, p. 660.

la suite à 87 millions en vertu d'accords ultérieurs.

En 1890, la Commission du budget de la Chambre, estimant trop onéreuses les obligations de l'État, engagea l'Administration à entamer des pourparlers avec la Compagnie Algérienne en vue d'aboutir à un accord moins onéreux que le précédent. A la suite de l'échec des pourparlers, cette Commission proposa le remboursement anticipé des avances consenties à l'État et la clause suivante fut introduite dans la loi de finances du 26 décembre 1892 et votée sans débat par les deux Chambres : « Article 15. — La somme de 67.750.434 francs, représentant le capital restant dû au 1^{er} octobre 1892 sur les annuités que l'État s'est engagé à verser à la Société Générale Algérienne par la convention du 18 mai 1865, approuvée par la loi du 12 juillet suivant, sera payée, par anticipation, avec les intérêts courus au jour du paiement, au liquidateur de ladite société (1) ».

Contre cette décision, la Compagnie Algérienne introduisit un recours devant le Conseil d'État.

Par ce recours, elle contestait le chiffre de 67.750.434 francs, fixé d'office par la Commission de la Chambre, et prétendait que la valeur actuelle des annuités restant dues était de 70.305.166 fr. 10. Elle demandait donc : 1° la somme représentant la différence entre ces deux chiffres ; 2° une indemnité pour préjudice résultant de la rupture sans droit du contrat.

En ce qui concerne la demande en indemnité, le Conseil d'État a ainsi statué : « Considérant que l'ar-

1. La Compagnie Algérienne.

ticle 15 de la loi du 26 décembre 1892 a ordonné le remboursement par anticipation de la dette de l'État envers la Société Générale Algérienne ; *que cette disposition législative ne peut être discutée par la voie contentieuse*, et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de statuer sur la demande d'indemnité formée à raison de la privation des avantages qui résultaient du mode de paiement par annuité tel qu'il était prévu au contrat de 1865... »

En ce qui concerne la fixation du chiffre représentant la valeur actuelle des annuités, l'estimation de la Commission de la Chambre ayant paru trop basse au Conseil d'État, celui-ci renvoie la compagnie requérante devant le ministre des Finances à l'effet de faire dresser un nouveau compte. Mais, ici encore, c'est par voie d'interprétation de la loi et non en la discutant, qu'il aboutit à cette solution. Pour lui, la somme fixée par la loi comme représentant la valeur des annuités dues par l'État n'a été fixée qu'à titre purement énonciatif et non à titre impératif ; c'est ce qui ressortirait des travaux préparatoires. Le texte même de la loi en question semble bien infirmer cette thèse. Le Conseil d'État, ici encore, s'est ingénié à trouver un biais pour détruire les effets d'une loi inique, sans pour cela répudier les principes qui avaient antérieurement guidé sa jurisprudence en matière de recours contre un acte législatif.

Ce n'est que par un arrêt du 1^{er} juillet 1904 (1), rendu dans une espèce analogue aux deux précédentes

1. *Rec.*, p. 533.

tes, qu'il se décida à admettre ouvertement qu'un recours contentieux pouvait être ouvert à la partie nantie d'un contrat, à l'occasion d'une décision individuelle du Parlement violant ce contrat, recours ayant pour objet de faire reconnaître, même à l'encontre de la loi, les droits du co-contractant de l'État. Dans cette espèce, il s'agit encore d'une suppression, effectuée par une loi de finances, de crédits représentant des allocations correspondant au produit annuel de cartelles ayant appartenu à une fabrique et cédées au gouvernement français après la cession de la Savoie. Le Conseil d'État a, cette fois, considéré nettement la loi ayant supprimé le crédit comme inexistante et renvoie les parties à se pourvoir devant le ministre des Cultes pour la liquidation de la somme due :

« Considérant que les allocations correspondantes au bénéfice soit de la fabrique, soit du chapitre ont cessé de figurer au budget ; que, *dans ces circonstances*, les requérants sont fondés à demander la liquidation à leur profit des arrérages des cartelles dont s'agit... »

On peut donc considérer que, d'après la jurisprudence actuelle du Conseil d'État, une mesure individuelle prise par le Parlement en violation d'un contrat ne doit avoir aucun effet en tant qu'elle viole ce contrat. Cette mesure ne peut être annulée ; le Conseil d'État se refuse même à la discuter ; en tant que juge du contrat, il se borne à constater le droit du co-contractant de l'État auquel la mesure en question n'a pu porter atteinte. Cette solution s'applique à tous

les contrats, y compris par conséquent le contrat de concession. Si une mesure individuelle du Parlement venait porter atteinte aux droits que le concessionnaire tire de son contrat, par exemple en réglant sa situation financière vis-à-vis de l'État dans des conditions autres que celles stipulées aux conventions, il pourrait faire constater ses droits par le juge du contrat, qui, sans tenir compte de la décision du Parlement, le renverrait devant l'autorité administrative compétente, en vue de faire régler sa situation conformément aux stipulations du contrat.

Cette jurisprudence doit être formellement approuvée. Le juge auquel une partie s'adresse pour faire interpréter son contrat et en tirer toutes les conséquences de droit a, sans doute, le devoir d'examiner si les clauses du contrat ne sont pas contraires au droit, c'est-à-dire à la législation en vigueur, mais une mesure individuelle du Parlement ne peut être considérée comme ayant modifié le droit objectif et ne peut, par conséquent, avoir d'influence sur le contrat, si elle n'est pas acceptée par le co-contractant de l'État. Une telle mesure, nous l'avons dit, tient plutôt de l'acte administratif que de l'acte législatif. Pour apprécier le caractère d'un acte, ce n'est pas son auteur qu'il faut considérer, mais sa nature intrinsèque. Or la loi a, par définition, deux caractères principaux : la permanence et la généralité. Tout acte, même émané du Parlement, qui ne revêt pas ces deux caractères n'a de la loi que le nom et c'est cette terminologie qui seule peut prêter à confusion.

Un acte de cette nature devrait même pouvoir être annulé par les tribunaux ; aucun principe ne s'oppose

à cette solution, pas même le principe si souvent invoqué de la séparation des pouvoirs. L'on ne peut pas dire, en effet, que le Parlement, en prenant cet acte, agisse dans l'exercice de son pouvoir législatif. Tout acte émané du Parlement n'est pas, par son origine même, un acte législatif, pas plus que tout acte émané du chef de l'État ou des ministres n'est par cela même un acte exécutif: l'on sait que le chef de l'État exerce le pouvoir législatif pour certaines colonies et que les ministres exercent dans certains cas des pouvoirs judiciaires. L'acte du Parlement édictant une mesure individuelle est en réalité un acte administratif, il devrait, au point de vue des recours, être régi par les mêmes règles que les autres actes administratifs: il devrait notamment pouvoir être annulé.

Le Conseil d'État n'a pas encore eu à statuer sur le cas où une mesure individuelle du Parlement a été prise en violation d'un contrat de concession ou du cahier des charges annexé. Il a toutefois statué par un arrêt récent sur le cas identique où une mesure de ce genre est prise en violation d'un accord conclu, en dehors du cahier des charges, entre l'État et une compagnie de chemin de fer, relatif à des transports effectués pour le compte de l'État (1).

Aux termes de l'article 56 de leurs cahiers des charges, les grandes compagnies de chemins de fer sont tenues de transporter gratuitement, à la demande de

1. C. d'État, 4 août 1911. *Annales des chemins de fer et tramways*, 1912, p. 1.

l'Administration, un wagon-poste dans chacun de leurs trains de voyageurs ou de marchandises, étant entendu que le poids de ce wagon ne dépassera pas 8.000 kilogrammes, chargement compris.

En fait, la plupart des wagons en service ont, dès le début, dépassé ce maximum, et en 1877 la Compagnie P.-L.-M. intenta, devant le Conseil de préfecture de la Seine, une action contre l'État en paiement d'une indemnité kilométrique pour l'excédent de poids transporté. Par arrêté du 7 mars 1878, le Conseil de préfecture décida que la compagnie ne pouvait réclamer à l'État aucune rétribution pour l'excédent de poids transporté, cette rétribution n'étant pas prévue à son cahier des charges, mais qu'elle pouvait se refuser au transport des voitures dont le poids dépassait 8.000 kilogrammes.

A la suite de cet arrêté, des accords intervinrent en 1899 et 1901 entre l'État et les compagnies, en vue de fixer le prix de transport des wagons-poste de grande dimension.

En 1906, un certain nombre de membres du Parlement, émus de l'importance des crédits demandés pour le transport de ces wagons, incriminèrent les conventions de 1899 et 1901, alléguant que les droits de l'État avaient été méconnus et qu'en réalité les compagnies devaient, en vertu de leurs cahiers des charges, le transport gratuit des wagons-poste quel que fût leur poids. A la suite de ces observations, le crédit de 2 millions précédemment affecté aux frais de transport desdits wagons fut supprimé du projet de budget de l'exercice 1907.

Le ministre des Travaux publics informa alors les

compagnies, par lettre en date du 20 mars 1907, que l'Administration des Postes ne pouvait payer les indemnités stipulées par les accords de 1899-1901.

La Compagnie d'Orléans introduisit un pourvoi contre cette décision qui fut annulée par arrêt du 4 août 1911. Cet arrêt renvoie la compagnie devant le ministre pour la liquidation des sommes auxquelles elle a droit en vertu de l'accord conclu avec l'État.

Les décisions précitées du Conseil d'État ont pour but d'opérer une sorte de *restitutio in integrum* au profit du co-contractant de l'État lésé par une mesure individuelle du Parlement. Ce co-contractant ne pourrait-il en même temps obtenir une indemnité pour les dommages qui auraient pu lui être causés par l'exécution de cette mesure ?

L'arrêt précité du 7 décembre 1894 (Cie Algérienne) a refusé d'accorder cette indemnité, mais il y a lieu de remarquer qu'à l'époque où il a été rendu, le Conseil d'État n'admettait pas encore que l'on pût considérer comme inexistante une mesure de ce genre. C'est au contraire sous prétexte d'interpréter cette mesure qu'il aboutissait aux solutions que nous avons exposées. Il ne pouvait donc accorder d'indemnité à raison d'une mesure qu'il considérait comme fondée, en exécution de laquelle ses arrêts étaient rendus.

Aujourd'hui que sa jurisprudence s'est modifiée dans le sens que nous avons indiqué, il est probable qu'il accorderait une indemnité si un préjudice était éprouvé par le co-contractant de l'État. Remarquons toutefois que, dans la plupart des cas, ce préjudice n'existera pas. La mesure incriminée étant, en fait,

considérée comme inexistante ne pourra pas nuire à l'individu qu'elle vise. Celui-ci est en effet pourvu de son contrat pour faire valoir les droits qu'elle méconnaît.

B) CAS OU LA PUISSANCE PUBLIQUE ÉDICTE UNE LOI D'ORDRE GÉNÉRAL DONT L'APPLICATION A COMME CONSÉQUENCE DE RENDRE PLUS LOURDES LES OBLIGATIONS SUBJECTIVES D'UN INDIVIDU ENVERS L'ÉTAT, OU DE RÉDUIRE LES AVANTAGES SPÉCIALEMENT RECONNUS PAR L'ÉTAT A UN INDIVIDU.

Le Conseil d'État a eu très rarement à statuer sur ce cas; il est donc malaisé de dégager de sa jurisprudence les règles dont il semble s'inspirer.

On peut néanmoins citer les trois arrêts suivants, dont les deux premiers ont été rendus à l'occasion de recours contre des actes de l'autorité administrative statuant dans l'exercice de son pouvoir législatif pour les colonies.

PREMIÈRE ESPÈCE. — *Arrêt Humblot*, 5 juillet 1907 (1).

Par une convention passée avec M. Humblot le 9 avril 1897, le ministre des Colonies reconnaissait à celui-ci, sous certaines conditions, la concession en toute propriété de terrains situés à la Grande Comore, qui lui avait été antérieurement consentie par le sultan de cette île. Un décret intervint le 21 avril 1905, réglementant le régime forestier du protectorat. Ce

1. *Rec.*, p. 637.

décret subordonnait notamment à une autorisation discrétionnaire du gouverneur l'exécution de tout défrichement et interdisait d'une manière générale et absolue les cultures sous bois ayant un caractère permanent.

La concession de M. Humblot se composait précisément, en grande partie, de bois sous lesquels il exploitait certaines cultures ne pouvant être exploitées que sous bois (caféiers, cacaoyers).

Contre le décret du 21 avril 1905, il introduisit un recours pour excès de pouvoir qui fut rejeté par arrêt du 5 juillet 1907, le décret attaqué ayant été rendu par le président de la République « dans l'exercice des droits de souveraineté de la France sur la Grande Comore ». Cet arrêt réservait toutefois le droit du requérant d'obtenir une réparation en s'adressant à l'autorité compétente si le décret attaqué portait atteinte aux droits qui lui avaient été spécialement reconnus par l'État.

DEUXIÈME ESPÈCE. — *Arrêt Zéïlabadine*, 19 novembre 1909 (1).

Un décret du 27 mars 1880, complété et modifié par un certain nombre de décrets postérieurs, a organisé le corps des cipahis des établissements de l'Inde, composé d'indigènes engagés et rengagés. Les formes et conditions d'engagement et de rengagement ont été déterminées par le décret du 28 avril 1880. Ce corps a été supprimé par le décret du 17 mars 1907, qui a réglé, au point de vue du droit à pension,

1, *Rec.*, p. 896.

la situation des militaires qui en faisaient partie.

Ce dernier décret eut pour effet de résilier les engagements d'un certain nombre de cipahis avant le terme convenu. Se basant sur ce fait, l'un d'eux introduisit contre ses dispositions un recours pour excès de pouvoir qui fut rejeté par arrêt du 19 novembre 1909.

Cet arrêt était ainsi motivé :

« Considérant que la légalité du décret du 17 mars 1907 ne peut être contestée, que si son application a eu pour effet de résilier le rengagement du requérant avant le terme convenu, ce dernier est fondé à soutenir qu'il a subi du fait de l'État un préjudice dont il lui est dû réparation... »

TROISIÈME ESPÈCE. — *Arrêt Noiré et Beyssac*, 10 janvier 1908 (1).

A la suite du vote de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, des entrepreneurs de travaux publics, réclamèrent des indemnités à l'État, alléguant qu'à raison de cette loi ils avaient eu à subir un surcroît de charges rendant plus onéreuses leurs obligations envers l'État. Le Conseil d'État repoussa cette demande par l'attendu suivant :

« Considérant qu'en l'absence de toute réserve inscrite dans la loi du 9 avril 1898, le caractère général de cette loi s'oppose à ce que le requérant puisse réclamer la réparation du préjudice qu'elle lui aurait causé. »

Il est à remarquer que dans ce dernier arrêt le Con-

1. *Rec.*, p. 20.

seil d'État fait nettement découler du caractère général de la loi le principe de l'irresponsabilité de l'État à raison d'actes législatifs. Dans les deux espèces précédentes, les mesures législatives attaquées ont elles-mêmes nettement le caractère de mesures d'ordre général. Comment expliquer alors les solutions différentes données à ces trois espèces par le Conseil d'État ?

Au premier abord, il semble que le Conseil d'État ait voulu faire une distinction entre la loi émanée du Parlement et le décret-loi. Cette distinction ne reposerait sur aucune base sérieuse et nous ne croyons pas que telle ait été l'intention de cette juridiction.

Selon nous, l'arrêt du 10 janvier 1908 paraît bien avoir posé le principe qui régit la matière, en déclarant que le caractère général de la loi s'oppose à ce qu'elle puisse donner lieu à indemnité au profit d'un particulier ; les arrêts des 5 juillet 1907 et le 19 novembre 1909 constituent des exceptions à ce principe.

Lorsque nous avons étudié les conditions d'ouverture du droit à indemnité à l'occasion d'une mesure réglementaire d'ordre général, nous avons vu qu'en principe une mesure de ce genre ne pouvait donner lieu à indemnité, mais que ce principe devait fléchir devant des raisons d'équité au cas où une atteinte *grave* était portée à une situation subjective en modifiant les conditions *essentiels* du contrat, c'est-à-dire celles en considération desquelles il avait été conclu.

Telles sont les règles qui semblent devoir également s'appliquer au cas où la mesure d'ordre général est édictée par une loi au lieu de l'être par un règlement. Ces deux cas sont d'ailleurs identiques, il

est logique qu'ils soient régis par les mêmes règles.

Dans l'espèce Humblot, le but direct que se proposait le requérant en sollicitant de l'État, sous certaines conditions, la reconnaissance de sa concession était l'exploitation de cultures sous bois. Un décret-loi vient interdire ce genre de cultures : les avantages essentiels qui lui ont été spécialement reconnus par l'État lui sont retirés par ce décret-loi. Une indemnité lui est due.

De même dans l'espèce Zeïlabadine, l'on peut dire que l'un des objets en vue desquels avaient traité les cipahis qui avaient conclu des rengagements était la pension de retraite. Or le décret-loi attaqué établissait, pour le calcul des pensions, des règles nouvelles en vertu desquelles ces pensions se trouvaient moindres que si les rengagés avaient accompli le temps de service primitivement fixé pour donner ouverture au droit à pension. Ici encore, le décret-loi modifie l'une des conditions essentielles du contrat.

En ce qui concerne l'espèce Noiré et Beyssac, on voit de suite que l'atteinte portée au contrat est beaucoup moins grave.

A notre avis, il y aurait lieu d'ailleurs de se montrer plus strict pour apprécier la responsabilité de l'État en matière législative que pour l'apprécier en matière administrative, en vertu de ce principe, qui semble admis par la jurisprudence, que « la responsabilité de l'État est d'autant plus restreinte que sa fonction est plus élevée » (1). M. Laferrière fonde ce

1. Laferrière. *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 184.

principe sur ce fait que plus la fonction de l'État est élevée, plus elle confine à la souveraineté. En ce qui nous concerne, nous estimons que c'est par des raisons pratiques qu'il doit être justifié, et notamment par ce fait que les abus de pouvoir sont moins à craindre au fur et à mesure que l'on s'élève dans la hiérarchie administrative. La tyrannie d'en haut est moins dangereuse, moins vexatoire, moins attentatoire aux droits individuels que celle qui émane des pouvoirs locaux. C'est pourquoi les droits individuels ont besoin de moins de garantie vis-à-vis de la loi que vis-à-vis des actes administratifs.

C). — CAS OU L'ÉTAT MODIFIE LES CONDITIONS DU FONCTIONNEMENT D'UN SERVICE PUBLIC CONCÉDÉ. — LOIS DES 21 JUILLET 1909 ET 28 DÉCEMBRE 1911 FIXANT LE RÉGIME DES RETRAITES DES AGENTS DES GRANDES COMPAGNIES DE CHEMINS DE FER D'INTÉRÊT GÉNÉRAL.

Nous avons vu que, dans l'état actuel des textes et de la jurisprudence, le droit d'intervention de l'État *par voie administrative* dans le fonctionnement des services concédés de chemins de fer devait être strictement limité aux mesures prises dans l'intérêt du public ou dans l'intérêt de la sécurité publique, un droit à indemnité étant réservé au profit des compagnies au cas où ces mesures, quoique légalement prises, seraient prises à l'encontre des prévisions du contrat.

Les mesures prescrites en vue d'un autre objet, si

le cahier des charges ne conférait pas expressément à l'Administration le droit de les prescrire, devraient être annulées soit par le juge de l'excès de pouvoir si l'Administration prétendait les prendre en vertu de ses pouvoirs réglementaires, soit par le juge du contrat si elle prétendait les prendre en vertu du contrat.

En matière législative, les pouvoirs de l'Etat ne peuvent évidemment se trouver limités par les textes en vigueur, mais ils peuvent l'être par le contrat. Ce n'est pas à dire qu'une loi réglementant un service public concédé édictée en violation des contrats puisse être annulée, puisqu'aucune juridiction ne pourrait statuer sur une demande en annulation de cette loi, mais elle pourra donner ouverture à un droit à indemnité au profit du co-contractant de l'État.

La loi qui statue sur cet objet est en effet toujours une loi spéciale. A notre avis, une loi est générale lorsqu'elle crée ou modifie un état de droit objectif à l'égard de tous les individus placés dans une situation juridique semblable. La loi du 9 avril 1898 sur les accidents est une loi générale ; ce caractère n'aurait pu lui être attribué si, au lieu de viser les ouvriers de toutes les industries, elle n'eût visé que les ouvriers de l'industrie des chemins de fer. Or nous avons vu que le fondement du principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur étant le caractère général de la loi, le dit principe doit être écarté toutes les fois que ce caractère ne peut être reconnu à une loi.

Un recours en indemnité devra donc être ouvert au profit du concessionnaire d'un service public, toutes les fois qu'une loi spéciale réglementant le service concédé interviendra à l'encontre des prévisions du

contrat. Si les modifications ainsi apportées par la loi au fonctionnement de ce service étaient assez graves pour bouleverser l'économie du contrat, le concessionnaire pourrait même en obtenir la résiliation.

Le Conseil d'État n'a pas encore eu à statuer sur les effets d'une loi intervenant en violation des clauses d'un contrat de concession, mais étant donné les tendances actuelles de cette juridiction, révélées par l'examen des espèces que nous avons analysées ci-dessus, il y a tout lieu de croire que la solution que nous proposons serait, le cas échéant, admise par la haute assemblée.

La juridiction administrative sera d'ailleurs appelée prochainement à se prononcer sur ce sujet. Le Conseil de préfecture de la Seine se trouve en effet saisi d'un recours en indemnité introduit contre l'État par les cinq grandes compagnies de chemins de fer à la suite du vote des *lois des 21 juillet 1909 et 28 décembre 1911* qui leur ont imposé un nouveau régime de retraite en faveur de leur personnel.

Bien avant le vote de la loi du 21 juillet 1909, et quoiqu'aucune obligation ne pesât sur elles à cet égard, ces compagnies avaient institué en faveur de leur personnel des régimes de retraites, variables suivant les réseaux, mais qui faisaient bénéficier ce personnel de pensions qui, dans la plupart des cas, se trouvaient nettement supérieures à celles allouées par l'État à ses fonctionnaires.

Une loi du 20 décembre 1890 vint leur imposer l'obligation de soumettre à l'homologation ministérielle leurs règlements de retraites. Cette loi fut com-

plétée par une autre loi du 10 avril 1902 édictant qu'au cas où cette homologation ne serait accordée « que sous réserve de certaines modifications ou additions non acceptées par la compagnie, il serait statué par un décret rendu sur avis *conforme* du Conseil d'État ».

Ces lois portaient gravement atteinte aux droits des compagnies, en étendant le contrôle de l'État à une matière à propos de laquelle ce contrôle n'était pas prévu par les contrats. Les compagnies auraient donc pu, dès ce moment, intenter un recours en indemnité contre l'État si l'exécution de ces lois avait eu pour conséquence d'aggraver leurs charges d'exploitation.

Elles acceptèrent cependant ce contrôle de l'État, confiantes dans les sentiments d'équité du Conseil d'État à l'arbitrage duquel devaient être soumis les différends qui auraient pu surgir à cette occasion. Au surplus, ce droit de contrôle pouvait, dans une certaine mesure, se justifier par ce fait que l'État peut être appelé dans un avenir plus ou moins éloigné à prendre la suite de l'exploitation des compagnies, et qu'il n'est pas indifférent pour lui de pouvoir contrôler si les engagements contractés par elles vis-à-vis de leur personnel ne compromettent pas l'avenir de cette exploitation.

Avec la loi du 21 juillet 1909, l'intervention de l'État en matière de règlements de retraites n'est plus réduite à un simple droit de contrôle. Cette loi, applicable à l'ensemble du personnel des grandes Compagnies de chemins de fer d'intérêt général, est venue, d'office, fixer le taux des pensions et les conditions d'âge et de service nécessaires pour donner ouver-

ture au droit à la retraite. D'après les propres évaluations du ministre des Finances, elle doit imposer aux compagnies intéressées une dépense supplémentaire annuelle de 25 millions (1).

L'exposé des motifs de la loi prétend que, par le jeu des conventions financières passées entre l'État et les compagnies, la plus grosse part de cette dépense retombera sur les finances de l'État. En réalité, l'État participera à ladite dépense de trois façons différentes suivant les compagnies : pour celles qui font encore appel à la garantie d'intérêt, par une augmentation dans le montant des sommes qu'il leur versera à ce titre ; pour celles qui effectuent actuellement le remboursement de leur dette de garantie, par une diminution dans le montant des sommes qui lui seront versées à ce titre ; pour celles enfin n'ayant aucune dette de garantie, par une diminution dans sa part éventuelle dans les bénéfices. Or, il ne faut pas perdre de vue, d'une part, que les sommes versées aux compagnies à titre de garantie d'intérêt constituent de simples avances remboursables (2), d'autre part que si la portion des bénéfices attribuée à l'État doit diminuer, celle attribuée aux compagnies doit diminuer également ; en tous cas, dans la phase comprise entre le remboursement total à l'État de la dette de garantie et le partage des bénéfices, c'est-

1. D'après l'évaluation des compagnies, confirmée par les résultats de l'exercice 1911, ces dépenses excèderont 30 millions par an.

2. Sauf en ce qui concerne le Midi et l'Orléans, (voir arrêté du 26 juillet 1912, *Gazette des tribunaux*, 6 septembre 1912) cette garantie doit d'ailleurs cesser avant la fin des concessions : au 31 décembre 1914 pour le Nord et le P. L. M., au 31 décembre 1934, pour l'Est.

à-dire dans la phase du revenu réservé aux actionnaires, la totalité du supplément de charges occasionné par la loi retombera directement sur les compagnies. Ce sont donc ces dernières qui, en définitive, supporteront la presque totalité de la dépense.

Les conséquences financières de la loi du 21 juillet 1909 ont été aggravées par l'effet d'une seconde loi en date du 28 décembre 1911, modifiant et complétant certaines dispositions de la première. Cette loi règle la situation des agents qui, avant le 1^{er} janvier 1911, date d'application de la loi du 21 juillet 1909, n'étaient affiliés à aucun régime de retraites ou étaient affiliés à un régime auquel ils ont renoncé pour opter en faveur du régime institué par la loi du 21 juillet 1909. Le coût de l'application de la loi du 28 décembre 1911 a été évalué par l'Inspection des Finances à une somme, en capital, de 177 millions, valeur au 1^{er} janvier 1911. L'article 2 de cette loi a institué le système suivant pour permettre aux compagnies de se procurer les fonds nécessaires à l'exécution de ses prescriptions :

« Pour se procurer les fonds nécessaires au supplément de charges en capital résultant de l'application de la présente loi, les Compagnies de chemins de fer... recourront à des émissions d'obligations, sauf quand elles en seront dispensées par décisions des ministres des Travaux publics et des Finances...

« Les charges effectives (intérêts, amortissement et frais accessoires) des emprunts dûment justifiés seront prélevées sur le produit net du compte unique d'exploitation. »

Ce texte signifie que les charges des capitaux à engager par les compagnies pour assurer l'exécution de la loi seront ajoutées au montant des sommes annuelles, actuellement garanties par l'État.

Ici encore, et pour les raisons exposées plus haut, c'est en définitive sur les compagnies que retombera la plus grosse part des dépenses entraînées par l'application de la loi.

Sans doute, par cette loi, les dites dépenses sont assimilées, au point de vue de leur remboursement par l'État, à des dépenses de travaux d'établissement complémentaires, c'est-à-dire à des dépenses expressément prévues par les conventions, pouvant même être imposées aux compagnies. L'on en a conclu qu'aucune atteinte n'était portée à ces conventions.

Il y aurait lieu de se demander tout d'abord en vertu de quel droit l'État pourrait ainsi par la loi, de sa propre autorité, faire une telle assimilation ; en tout cas pour que cette assimilation fût possible, encore faudrait-il que les dépenses qui en sont l'objet fussent de même nature. Or, tandis que les dépenses d'établissement sont des dépenses productives, il est permis de considérer que les dépenses nouvelles imposées aux compagnies par la loi du 28 décembre 1911 constitueront pour elles un sacrifice en pure perte, sans qu'il soit besoin de souligner l'ironie du passage de l'exposé des motifs de cette loi, déclarant qu'à ces dépenses correspondra un redoublement d'activité du personnel.

Il n'est donc pas douteux que les deux lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911 aient augmenté,

d'une façon très sensible, les charges de personnel des compagnies intéressées. L'État peut-il, sans compensation, leur imposer cette augmentation ?

Au cours des débats qui ont précédé dans les deux Chambres le vote de ces lois, le principe même de l'intervention de l'État en cette matière a été très longuement discuté.

Dans l'avis qu'il a présenté au Sénat, au nom de la Commission des Finances, M. Poincaré déclare que les observations présentées par M. le ministre des Travaux publics au sujet du droit d'intervention de l'État dans les contrats de concession « ne semblent
« pas décisives à tous les membres de la Commission.
« Plusieurs estiment que les lois du 27 décembre 1890
« et du 10 avril 1902, en soumettant à l'homologa-
« tion ministérielle les règlements des caisses de
« retraites instituées par les compagnies, ont con-
« féré au gouvernement un droit de contrôle suffi-
« sant pour faire cesser les irrégularités et les abus
« nuisibles à la bonne marche des services publics
« concédés. Aller plus loin, c'est, aux yeux des mê-
« mes sénateurs, ajouter aux cahiers des charges, par
« la volonté du Prince, des dispositions que le con-
« trat n'a pas prévues, c'est, par conséquent, modi-
« fier après coup, et sans accord préalable, les rap-
« ports juridiques du pouvoir concédant et du con-
« cessionnaire. » (1)

Au cours de la discussion, M. Poincaré, parlant,

1. *Journal officiel*, 1909, Sénat, Documents, Annexe n° 135, p. 231.

cette fois, en son nom personnel, se montrait beaucoup plus affirmatif :

« Une concession, disait-il, est un contrat, et les conditions de ce contrat sont déterminées par le cahier des charges. Or, le cahier des charges des grandes Compagnies de chemins de fer ne donne pas plus à l'État le droit de réglementer lui-même, d'office, de sa propre autorité, l'âge et les conditions des retraites, qu'il ne lui donne le droit de fixer les salaires.

« Je ne dis pas, — je ne veux pas qu'on exagère ou qu'on dénature ma pensée — je ne dis pas que cette modification unilatérale du contrat puisse constituer une illégalité, puisqu'elle est faite par la loi elle-même; mais, à mes yeux, elle est d'autant plus fâcheuse que le législateur peut précisément se la permettre avec impunité; c'est le fait du Prince, dans ce qu'il a de plus arbitraire (1). »

Cette déclaration nous paraît trop absolue. Nous avons en effet, nous inspirant des solutions de la jurisprudence, reconnu le droit pour l'État de réglementer lui-même d'office, dans certains cas, les conditions de fonctionnement d'un service public.

Il est toutefois un domaine dans lequel l'État est lié par le contrat, c'est « tout ce qui touche à l'organisation des moyens internes employés par le concessionnaire pour atteindre ce but : servir le public » (2). L'État peut toujours définir, préciser, modifier la fin

1. *Journal officiel*, 1909, Sénat, Débats, p. 472.

2. Joseph Barthélemy. L'État et le contrat, *Revue du Droit public*, 1911, p. 146.

qui est le service public, sous réserve bien entendu d'indemnité en cas d'atteinte portée aux prescriptions du contrat : le concessionnaire reste maître des moyens, dans les conditions arrêtées par le contrat pour toute la durée de la concession. L'État ne peut donc pas plus intervenir dans les rapports entre le concessionnaire et ses agents, à moins que ce ne soit dans l'intérêt de la sécurité publique, qu'il ne pourrait intervenir dans les rapports entre le concessionnaire et ses fournisseurs. Des dispositions peuvent être insérées à cet effet dans les cahiers des charges, mais les cahiers des charges, une fois approuvés, ne peuvent plus, sur cette matière, être modifiés en cours de concession par voie d'autorité. La loi des retraites du 21 juillet 1909 et celle du 28 décembre 1911 devraient pouvoir être annulées s'il y avait en France une autorité pouvant annuler la loi, telle la Cour fédérale des États-Unis.

Malheureusement cette juridiction n'existe pas et si la question du bien fondé de l'intervention législative pouvait se poser devant le législateur, elle ne peut plus se poser à l'heure actuelle. La loi, une fois votée, doit être exécutée. Seule la question du droit à indemnité peut se poser.

Nous avons vu que deux conditions sont nécessaires pour donner ouverture à ce droit : 1° la loi, objet du recours en indemnité, doit être une loi spéciale ; 2° elle doit porter atteinte à une situation subjective.

La loi est sans aucun doute une loi spéciale, une loi d'exception, créant, au profit d'une catégorie de citoyens, un privilège dont ne jouissent d'une façon

aussi étendue ni les ouvriers d'aucune industrie, ni même la plupart des fonctionnaires de l'État. L'État a le droit incontestable de faire une loi générale sur les retraites s'appliquant à l'ensemble des patrons et ouvriers. La loi du 5 avril 1910 a statué sur cet objet. Si cette loi avait accordé aux ouvriers des retraites plus élevées que celles allouées, avant sa mise en vigueur, par les compagnies à leur personnel, celles-ci auraient dû la subir sans qu'elles puissent opposer leurs contrats, ni prétendre qu'ils ont été violés, parce que, en dépit de ces contrats, les compagnies ne peuvent avoir la prétention de se soustraire aux conséquences d'une loi d'ordre général que dans le cas exceptionnel où ces conséquences sont telles qu'elles portent atteinte d'une façon grave aux conditions essentielles du contrat.

La loi du 21 juillet 1909 est une loi spéciale ; elle porte, en outre, atteinte à une situation subjective. Ce dernier point semble évident puisqu'elle intervient dans une situation contractuelle et à l'encontre des prescriptions du contrat. Cependant M. Strauss, rapporteur de la loi au Sénat, a prétendu que « l'État lorsqu'il contracte, n'abdique pas ses droits de puissance publique et de législateur ; il n'y a rien dans le contrat qui s'oppose à l'insertion de clauses relatives aux caisses de retraites » (1).

Nous avons vu que le contrat de concession ne comporte pas en effet d'une façon absolue une abdication de ce genre. Il est néanmoins des domaines dans ce

1. *Journal officiel*, 1909, Sénat, Débats, p. 499.

contrat qui échappent au droit d'intervention de l'État, tel est le domaine des rapports entre le concessionnaire et son personnel. L'argument de M. Strauss revient à dire que lorsque l'État contracte, il se réserve le droit de modifier de sa propre autorité le contrat sur tous les points où il ne s'est pas interdit de le faire. Or c'est tout le contraire qui est exact.

On ne peut que regretter de voir soutenir de pareilles thèses au Parlement. Comment pourra-t-on traiter dorénavant avec l'État si le législateur s'arroge ainsi d'une façon absolue le droit de modifier les contrats? Cette situation a ému particulièrement les Chambres de commerce dont les présidents ont protesté contre le projet de loi des retraites dans une réunion tenue à Paris le 8 mars 1909. La Chambre de commerce de Paris a prit ensuite, à l'occasion de la loi, une délibération dont on peut extraire le passage suivant :

« Cette action gouvernementale, qui peut s'exercer
« par de si puissants moyens, ne doit pas aller jus-
« qu'à porter atteinte à l'inviolabilité des contrats.
« Même à l'égard d'un concessionnaire privilégié, le
« contrat conclu doit être observé par toutes les par-
« ties et si l'exemple est donné de manquer à un enga-
« gement à l'égard d'une catégorie de contractants, il
« est à craindre qu'il ne soit invoqué plus tard contre
« les sociétés privées et les entreprises personnelles.

« Nous ne pouvons donc pas reconnaître la légiti-
« mité d'un mode de procéder contraire au respect
« des contrats et nous formons le vœu de voir se cons-
« tituer en France une cour suprême, chargée, comme
« aux États-Unis, de maintenir les droits des citoyens
« contre l'abus du droit public. »

Il n'est pas inutile d'examiner les arguments qui ont été produits à la tribune du Parlement par le ministre des Travaux publics d'alors, M. Barthou, à l'encontre du droit des compagnies, ces arguments devant vraisemblablement être produits de nouveau dans l'instance actuellement engagée (1).

Le ministre des Travaux publics a d'abord invoqué ce fait que les compagnies n'ont songé à protester que quelques mois avant le vote définitif contre un projet de loi qui était à l'étude depuis 1897. Bien mieux, lorsqu'en 1903, le ministre des Travaux publics d'alors, M. Maruéjols, leur a demandé de rechercher les conséquences financières du projet voté par la Chambre, celles-ci ont loyalement collaboré avec l'Administration pour opérer cette recherche, sans qu'à aucun moment on ait accusé l'État d'usurper sur ses droits ou de commettre un abus de pouvoir. A ce moment, les compagnies n'ont fait aucune réserve et depuis ont gardé la même attitude. N'ayant pas protesté, elles ont accepté le principe de l'intervention du législateur : leur protestation actuelle est tardive.

Un deuxième argument a été mis en avant : depuis le vote des lois du 27 décembre 1890 et du 10 avril 1902, la question n'était plus entière. Ces lois ont imposé l'obligation aux compagnies de soumettre à l'homologation ministérielle leurs règlements de caisses de retraites. Si le ministre des Travaux publics ne peut pas obtenir des compagnies des modifications aux règlements qu'elles soumettent à son approbation, il

1. Sénat. Séance du 18 juin 1909. *Journal officiel*, p. 482 et s.

peut en référer au Conseil d'État. « Cette Assemblée
« formule un avis, et, en conformité de cet avis, le
« ministre des Travaux publics modifie le règlement
« qui lui est soumis par la compagnie. Il retranche,
« il ajoute, il atténue, il aggrave ; il fait, en quelque
« sorte, le règlement même... il serait étrange qu'on
« voulût interdire au pouvoir législatif de faire par une
« loi ce que le gouvernement fait par décret (1). »

Le premier argument se trouve en fait inexact. M. Milliard a lu à la tribune du Sénat (2) une lettre adressée en 1903 au rapporteur d'alors, M. Godin, par M. Noblemaire, directeur de la Compagnie P.-L.-M., protestant en termes courtois, mais énergiques, contre le principe même de l'intervention de l'État. La protestation à laquelle fait allusion M. Barthou a été portée, au nom des compagnies intéressées, le 9 mars 1909, devant la commission sénatoriale chargée de l'examen du projet, par M. Dervillé, président du Conseil d'administration de la Compagnie P.-L.-M. Cette protestation n'est pas moins formelle que la première. Quoi qu'il en soit, fût-elle seule, qu'il serait impossible de la négliger et de parler d'adhésion tacite des compagnies au principe de l'intervention législative.

Le deuxième argument est peu probant : on peut y répondre que si le ministre avait estimé pouvoir, par un simple règlement, imposer aux compagnies le nouveau régime de retraites, on ne voit pas pourquoi il aurait sollicité l'intervention législative. Les

1. Sénat, séance du 18 juin 1909. *Journal Officiel*, p. 483.

2. Sénat, séance du 6 juillet 1909. *Journal Officiel*, p. 615.

lois de 1890 et de 1902 étaient de simples *lois de contrôle* qui ont été acceptées par les compagnies, l'intervention du Conseil d'État leur semblant une garantie suffisante contre les décisions arbitraires du ministre. La loi du 21 juillet 1909 leur impose au contraire, par voie d'autorité et sans même qu'on se soit soucié de les entendre, un *régime tout nouveau* devant augmenter considérablement leurs charges annuelles. Ainsi que l'a fait remarquer à la tribune M. Milliard (1), « on ne peut pas et on n'ose pas agir » en vertu de la loi de 1902 par voie de modification « des règlements de caisses de retraites à cause de » l'avis conforme du Conseil d'État... Si on agissait « en vertu de l'article 33 des cahiers des charges ou » de la loi de 1902, on rencontrerait le Conseil « d'État. Avec la loi, on espère échapper au Conseil » d'État, supprimer la juridiction du contrat. »

Pour toutes les raisons indiquées ci-dessus, il est à souhaiter que les tribunaux compétents accordent aux compagnies les indemnités demandées, devant représenter la totalité du supplément de charges qui leur est imposé par l'application des lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911. Peut-être une décision en ce sens mettrait-elle un frein aux nouvelles tentatives d'empiètement de la puissance publique sur le domaine du contrat, qui se sont révélées tout récemment dans certains milieux du Parlement.

Nous avons indiqué les limites qu'il y avait lieu de fixer entre le domaine réglementaire et le domaine

1. Sénat, séance du 6 juillet 1909. *Journal Officiel*, p. 615.

contractuel : il n'est pas admissible que l'autorité concédante ait la prétention d'intervenir même dans les rapports entre le concessionnaire et les tiers avec lesquels il contracte. Si l'on admet que l'État a le droit de fixer le taux des retraites des agents des chemins de fer, il n'y a aucune raison pour ne pas lui reconnaître également le droit de fixer le taux de leurs salaires, puis de régler les conditions du recrutement et de l'avancement du personnel. C'est précisément dans cette voie que le gouvernement lui-même a tenté, à un certain moment, d'engager le Parlement en lui soumettant le 22 décembre 1910 un projet de loi sur le statut des employés des chemins de fer et le règlement pacifique des différends d'ordre collectif.

Ce projet, entre autres prescriptions, instituait l'arbitrage obligatoire pour régler les différends collectifs entre les compagnies et leurs agents. Pour justifier cette grave atteinte à la liberté des conventions, l'exposé des motifs du projet ne s'embarrasse pas de raisons multiples : « les contrats passés avec les concessionnaires, déclare-t-il, ne sauraient empêcher « la puissance publique de prendre dans l'avenir, « pour la sauvegarde des intérêts publics, toutes les « mesures dont la nécessité viendrait à être reconnue par elle. »

Ainsi présentée sous une forme générale, cette proposition n'est autre chose que la consécration de la théorie de la violation des contrats par le fait du Prince.

Sans doute le projet prévoit qu'une indemnité pourra être allouée au concessionnaire dans le cas

où l'exécution de la sentence arbitrale aurait pour effet d'augmenter sans compensation ses charges financières. Nous n'avons pas à examiner ici la valeur réelle de cette garantie telle qu'elle est stipulée au projet : qu'une indemnité soit ou non prévue, ce n'en est pas moins violer gravement les contrats passés avec les compagnies que d'enlever à celles-ci, dans leurs relations avec leur personnel, la liberté d'action que ces contrats leur réserve et qui est nécessaire à la bonne marche des services.

Plus récemment un nouveau projet de loi a été déposé par M. Augagneur, ministre des Travaux publics, imposant aux compagnies l'obligation de soumettre à la ratification du ministre des Travaux publics la nomination de leurs directeurs, sous-directeurs et chefs de service de l'exploitation et de présenter à son homologation « les règlements fixant le recrutement, l'avancement, ainsi que l'échelle des traitements de leurs agents. »

Ces projets sont la conséquence logique du vote de la loi du 21 juillet 1909 qui, la première, a admis le droit d'intervention de l'État dans les rapports entre les compagnies et leur personnel. S'ils devaient être votés par le Parlement, ce serait pour les compagnies le rachat sans indemnité, celles-ci ne devant plus jouer que le rôle d'inutiles intermédiaires entre l'État et le personnel.

En reconnaissant aux compagnies un droit à indemnité à raison des charges nouvelles qui leur ont été imposées par les lois du 21 juillet 1909 et du 28 décembre 1911, la juridiction administrative accordera aux compagnies une garantie précieuse contre

les abus de pouvoir d'un Parlement qui se laisse trop souvent guider dans ses décisions par d'autres considérations que l'intérêt public, et qui est trop porté à imposer par la loi ce qu'il ne peut obtenir par contrat.

CHAPITRE V

Règles générales de compétence

Nous avons vu que les différents recours ouverts au concessionnaire à l'occasion d'un acte de la puissance publique peuvent tendre soit à l'annulation de cet acte, soit à l'obtention d'une indemnité en réparation des dommages causés par cet acte, soit enfin à la résiliation de son contrat.

Nous avons vu de même (1) qu'il convenait de distinguer, au point de vue des recours ouverts au concessionnaire, le contentieux de la réglementation du contentieux du contrat. Cette distinction s'impose également au point de vue des règles de compétence. Le contentieux de la réglementation, dont la forme normale est le recours pour excès de pouvoir, relève du Conseil d'État, tandis que le contentieux du contrat relève du Conseil de Préfecture.

Si c'est la *légalité* d'une décision administrative que le concessionnaire entend contester, il devra s'adresser au Conseil d'État pour obtenir l'annulation de cette décision. Si, sans contester la légalité de cette déci-

1. V. *supra*, p. 25.

sion, il prétend qu'elle a été prise en violation des dispositions ou en dehors des prévisions de son contrat, c'est devant le Conseil de Préfecture qu'il devra porter son action, pour lui demander d'interpréter ce contrat et d'examiner si les mesures prises par l'Administration n'ont pas été prises à l'encontre de ses prescriptions.

C'est ainsi que le concessionnaire qui voudra obtenir l'annulation d'une décision administrative devra, pour la détermination du tribunal compétent, se demander si la décision contestée a été prise par l'Administration en vertu du pouvoirs qu'elle tient de la loi ou des règlements ou en vertu des droits qu'elle s'est réservés par le contrat. Dans le premier cas, il portera son action devant le Conseil d'État, dans le second cas devant le Conseil de Préfecture, seul compétent en premier ressort, pour interpréter un contrat de concession.

Tel est le principe qui régit la matière. Il a été formulé en termes très nets par M. le Commissaire du Gouvernement Tardieu à l'occasion du pourvoi formé par les grandes Compagnies de chemins de fer contre le décret du 1^{er} mars 1901 (1). Le Conseil d'État l'a consacré en termes non moins nets par l'arrêt qui a été rendu sur ce pourvoi :

« Considérant que l'État a sur les chemins de fer,
« d'une part, des pouvoirs de réglementation qu'il
« tient de la loi, et, d'autre part, des droits qu'il tire
« des stipulations du cahier des charges ; que, par
« la décision attaquée, le ministre a entendu user de

1. *Gazette des Tribunaux*, 23, 24, 25 décembre 1907.

« ses pouvoirs de réglementation ; que, dès lors,
« cette décision est susceptible d'être déferée au Con-
« seil d'État par la voie du recours pour excès de
« pouvoir... »

La compétence du Conseil de Préfecture en matière d'interprétation des contrats de concession a sa base dans l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, ainsi conçu :

« Le Conseil de Préfecture prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les *entrepreneurs de travaux publics* et l'Administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leur marché. »

Ce texte ne s'applique expressément qu'aux marchés de travaux publics. C'est la jurisprudence qui, par voie d'assimilation, a étendu son application à la concession de travaux publics. La concession de travaux public n'est en effet qu'une variété de marché de travaux publics, dans laquelle le mode de rémunération de l'entrepreneur consiste dans le droit d'exploiter à son profit, pendant un certain temps, l'ouvrage qu'il a construit.

La jurisprudence s'est montrée très large dans l'appréciation des cas dans lesquels l'assimilation pouvait être faite entre la concession et le marché de travaux publics. Toutefois pour que cette assimilation soit possible, il faut tout au moins que la concession comporte, même dans une mesure très restreinte, un *travail public* soit à construire, soit à entretenir. A ce point de vue, l'on doit considérer comme travaux publics les travaux de distribution

des eaux dans une commune, de même les travaux de distribution de l'éclairage (1).

La concession du service d'éclairage d'une ville constitue à la fois un marché de travaux publics et un marché de fournitures, car elle comporte en même temps des travaux à exécuter et de l'éclairage à fournir. Or, le contentieux des marchés de fournitures passés par les départements et les communes relève des tribunaux judiciaires. En droit strict, il aurait donc fallu soumettre les différends relatifs à l'interprétation des contrats de concession d'éclairage passés par les départements ou les communes, tantôt aux tribunaux administratifs, tantôt aux tribunaux judiciaires, suivant la nature des clauses à interpréter. Pour éviter les difficultés que n'aurait pas manquer de soulever une telle pratique, le Tribunal des Conflits a attribué au Conseil de Préfecture compétence pour l'interprétation de toutes les clauses du contrat (2).

Le traité de concession d'un tramway constitue également un contrat de travaux publics, l'établissement d'un tramway comportant la pose de rails sur la voie publique (3).

Au contraire le traité de concession d'un service d'omnibus ne constitue pas un contrat de travaux publics et par suite le Conseil de Préfecture est incompétent pour connaître des difficultés s'élevant sur l'interprétation du contrat entre l'Administration et le concessionnaire (4).

1. C. d'État, 30 janvier 1868, D. 69, 3, 19.

2. Trib. Conflits, 16 décembre 1876, D. 77, 3, 57.

3. C. d'État, 14 mai 1885, D. 87, 3, 4.

4. C. d'État, 5 décembre 1884, D. 86, 3, 83.

La seule obligation d'entretenir un travail public suffit pour donner au contrat qui l'impose le caractère de contrat de travaux publics, même si cette obligation n'intervient qu'à titre accessoire dans le contrat. C'est ainsi que les marchés pour le nettoyage et l'arrosage des voies publiques sont des marchés de travaux publics, de même les traités passés avec des entrepreneurs qui, moyennant l'exploitation du travail des prisonniers, s'engagent à les nourrir, à les entretenir et à entretenir les prisons. L'on doit en conclure que la concession de chemin de fer est une concession de travaux publics même si la ligne à exploiter est construite par les soins de l'Administration, pourvu que son entretien soit à la charge du concessionnaire; mais une concession de chemin de fer dans laquelle la construction et l'entretien de la voie incomberaient à l'Administration ne serait pas une concession de travaux publics; les difficultés relatives à l'interprétation du contrat ne seraient pas de la compétence de la juridiction administrative.

Tout ce que nous venons de dire au sujet de la compétence du Conseil de Préfecture ne s'applique qu'aux clauses insérées dans le traité de concession lui-même ou dans le cahier des charges qui lui est annexé. Tout accord ou arrangement intervenu entre l'Administration et le concessionnaire en dehors de ce traité ou de ce cahier des charges doit être déféré à la juridiction compétente, d'après les règles ordinaires du contentieux, pour en connaître.

Nous avons vu par exemple que la plupart des traités de concession contiennent des clauses qui sont de simples marchés de fournitures. Les compagnies

concessionnaires des services d'eau ou d'éclairage s'engagent à fournir l'eau ou la lumière aux communes à certaines conditions; les Compagnies de chemins de fer et de tramways consentent des conditions spéciales pour les transports effectués pour certains services publics, etc. ; le caractère de marché de travaux publics reconnu à l'ensemble de ces actes entraîne, pour l'interprétation de ces clauses, la compétence du Conseil de Préfecture. Mais si des accords en vue des mêmes objets sont conclus entre l'Administration et le concessionnaire par des actes spéciaux, distincts des traités de concession, les règles ordinaires de compétence devront être appliquées dans la détermination du tribunal compétent pour interpréter ces accords. C'est ainsi que les marchés de fournitures devront en pareil cas être déferés directement au Conseil d'État, d'après le décret du 11 juin 1806, s'il s'agit de marchés passés entre l'État et le concessionnaire (1), aux tribunaux judiciaires, d'après les principes généraux de compétence, s'il s'agit de marchés passés entre les départements ou les communes et le concessionnaire.

Comptes des Compagnies de chemins de fer. — En vertu des principes que nous venons d'exposer, le Conseil de Préfecture devrait être compétent pour statuer sur les pourvois contre les arrêtés de comptes de garantie des Compagnies de chemins de fer. Ce sont en effet les conventions qui déterminent les bases des rapports financiers des compagnies avec

1. C. d'État, 4 août 1911, *Annales des chemins de fer et tramways*, 1912, p. 1. Voir *supra*, p. 110 l'analyse de cette espèce.

l'autorité concédante. Mais les conventions de 1859 prévoyaient que des règlements d'administration publique seraient rendus, déterminant les formes suivant lesquelles les compagnies seraient tenues de fournir certaines justifications. Ces décrets ont été rendus le 2 mai 1863 pour la Compagnie de l'Est, le 6 mai 1863 pour les Compagnies de l'Ouest, de l'Orléans et du Midi, le 6 juin 1863 pour la Compagnie P.-L.-M. et le 12 août 1868 pour la Compagnie du Nord. Ils ont été rédigés sur un type uniforme.

Ces décrets attribuent au Conseil d'État compétence en premier ressort en matière de recours contre les arrêts de compte de garantie rendus par le ministre des Travaux publics.

La légalité de ces décrets, en tant qu'ils établissent une règle de compétence, a été discutée. Il est en effet de principe que seule la loi peut établir une telle règle. M. Picard (1), après avoir rappelé ce principe, ajoute que les décrets en question auraient seulement enregistré un fait dérivant des principes en matière de contentieux administratif. Telle paraît bien avoir été l'intention de leurs auteurs si l'on s'en rapporte aux termes dont ils se sont servis :

« Art. 28. — Dans le cas où la compagnie se croit lésée par les règlements de compte arrêtés ainsi qu'il est prescrit ci-dessus, elle *conserve* son recours au Conseil d'État par la voie contentieuse. »

Le Conseil d'État semble admettre au contraire que les décrets de 1863-1868 ont modifié la loi du 28 pluviôse an VIII. Dans un arrêt du 21 décem-

1. *Traité des chemins de fer*, t. II, p. 519.

bre 1903 (1) entre l'État et la Compagnie P.-L.-M. on relève en effet l'attendu suivant :

« Considérant que si le décret du 6 juin 1863, rendu en exécution de la loi du 11 juin 1859, a pu déroger aux règles de compétence établies par la loi du 28 pluviôse an VIII et si c'est au Conseil d'État seul qu'il appartient *désormais* de connaître des questions se rattachant aux clauses des conventions intervenues entre l'État et la compagnie qui sont relatives à la garantie d'intérêt et au partage des bénéfices... »

Si l'on base ainsi la compétence du Conseil d'État, en matière de règlements de comptes entre l'État et les cinq grandes Compagnies de chemins de fer, sur les décrets de 1863-1868, ayant apporté une exception à l'application de la loi du 28 pluviôse an VIII, on doit en conclure que le droit commun, c'est-à-dire la compétence du Conseil de Préfecture, doit reprendre son empire toutes les fois qu'un texte exprès n'y a pas dérogé.

Or, pour toutes les compagnies secondaires d'intérêt général de France et d'Algérie, qui jouissent, elles aussi, d'une garantie de revenu, des décrets ont été rendus, semblables aux décrets de 1863-1868, déterminant les justifications à produire par elles dans leurs règlements de comptes avec l'État. Ces décrets sont, pour la plupart, muets au sujet de la juridiction compétente pour statuer sur les recours contre les arrêtés de comptes. Aucun autre texte n'a réglé cette compétence. On devrait en conclure qu'en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, c'est le Conseil de

1. *Rec.*, p, 812.

Préfecture qui est seul compétent en premier ressort pour statuer sur ces recours.

Cependant, à notre connaissance, ces compagnies ont toujours porté leur recours en cette matière directement devant le Conseil d'État et cette juridiction a toujours statué sur ces recours sans même que la question de compétence ait été soulevée.

C'est donc plutôt en vertu d'une sorte de tradition qu'en vertu de textes ou de principes, que le Conseil d'État est actuellement compétent en matière de recours contre les arrêtés de compte de garantie des Compagnies de chemins de fer d'intérêt général.

En ce qui concerne les chemins de fer d'intérêt local et les tramways, l'article 8 du règlement d'administration publique du 20 mars 1882, rendu en exécution de l'article 16 de la loi du 11 juin 1880, attribue compétence au Conseil d'État en premier ressort pour les contestations entre les Administrations et les compagnies, relatives aux règlements de comptes. La question de la légalité de ce dernier décret pourrait être discutée au même titre que celle des décrets de 1863-1868.

Sanctions administratives contre l'inexécution des obligations du concessionnaire. — Nous avons vu que la déchéance et la mise sous sequestre ne peuvent être prononcées par voie de décision exécutoire de l'Administration que si ces sanctions étaient formellement prévues par le contrat. Il en résulte que le Conseil de Préfecture est seul compétent en premier ressort pour apprécier le bien-fondé de ces mesures, cette appréciation soulevant exclusivement une

question d'interprétation du contrat de concession.

Cependant d'après l'article 7 de la loi du 11 janvier 1880, c'est le Conseil d'État qui est seul compétent en premier ressort pour statuer sur le recours contre les arrêtés ministériels prononçant la déchéance d'une concession de chemins de fer d'intérêt local ou de tramway.

La loi du 27 avril 1838, relative à l'assèchement et à l'exploitation des mines, prévoit que la déchéance d'une concession pourra, dans certains cas, être prononcée par arrêté du ministre des Travaux publics et accorde au concessionnaire un recours direct devant le Conseil d'État contre les arrêtés prononçant la déchéance. Cette attribution de compétence n'est que l'application du droit commun, le ministre prononçant ici la déchéance non en vertu des droits qui lui sont reconnus par le contrat, mais en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi.

CONCLUSION

De toutes les solutions que nous avons analysées ci-dessus, il ressort nettement que le contrat de concession d'un service public est de moins en moins considéré comme une convention ordinaire conclue dans l'intérêt des deux parties, et déterminant à elle seule les droits et obligations de chacune d'elles.

Sous l'influence de nécessités pratiques que nous avons indiquées, cette conception primitive du contrat de concession a dû faire place à une conception nouvelle inspirée avant tout de l'intérêt du public. Aujourd'hui l'on considère que la concession est accordée non dans l'intérêt du concessionnaire mais dans l'intérêt exclusif du public. Le but essentiel de l'État est d'organiser et de gérer les services publics. Pour de nombreuses raisons, il apparaît de plus en plus indispensable que l'État confie à des particuliers ou à des compagnies la gestion de certains services qu'il est en fait incapable de gérer lui-même (1), mais l'on doit admettre que ces particuliers ou ces compagnies, en acceptant une mission de ce genre,

1. Voir sur les exploitations d'État l'article de M. le Conseiller d'État Colson paru dans la *Revue politique et parlementaire*, déc. 1911, p. 527, et son remarquable ouvrage : *Organisme économique et Désordre social*, 1912. Voir également la préface de la 6^e édition du *Traité de Droit administratif* de M. le Professeur Berthélemy.

contractent vis-à-vis du public des devoirs inhérents à leur qualité de gérants d'un service public.

Tel semble être l'avis du Conseil d'État qui, dans maintes circonstances, n'a pas hésité à rappeler le concessionnaire au respect de ces devoirs. Nous avons vu, dans cet ordre d'idées, que cette juridiction est même allée jusqu'à forger de toutes pièces des armes entre les mains de l'Administration, lorsque celles dont elle pouvait disposer, soit en vertu de la loi soit en vertu du contrat, ne lui paraissaient pas devoir sauvegarder d'une façon efficace les intérêts du public. C'est, par exemple, dans les marchés d'éclairage par le gaz, la supposition d'une clause permettant de mettre le concessionnaire en demeure de substituer lui-même, dans des conditions données, l'éclairage électrique à l'éclairage par le gaz sous peine de perdre son privilège exclusif. C'est également l'extension au contrat de concession des règles de l'article 1142 du Code civil, permettant au juge de condamner le concessionnaire à des dommages intérêts en cas d'inexécution de ses obligations.

Cette conception moderne du contrat de concession nous semble pouvoir se justifier par ce fait que la concession d'un service public, envisagée dans les rapports entre l'autorité concédante et le concessionnaire, constitue une *délégation* (1). Nous avons vu, en effet, que l'organisation et la gestion des services publics constituent pour l'État ou ses démembrements une charge à laquelle ils ne peuvent se soustraire, une fonction

Voir *supra*, p. 60. Conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum.

qui leur est attribuée dans le seul intérêt du public et dont l'exécution comporte un certain nombre d'obligations parmi lesquelles une obligation générale de gérer les dits services au mieux des intérêts du public. Le concessionnaire auquel l'État délègue cette fonction, ne peut avoir sur elle plus de droits que l'État lui-même ; il ne peut l'accepter qu'avec toutes les charges et toutes les obligations qu'elle comporte. S'il ne satisfait pas à ces charges, s'il ne remplit pas ces obligations, l'État, qui reste garant vis-à-vis du public de la bonne exécution du service, doit intervenir pour lui imposer toutes les mesures indispensables en vue d'assurer cette bonne exécution. Si ces mesures introduisent dans les charges de l'exploitation des éléments qui n'ont pu entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat, le montant de la rémunération attribuée au concessionnaire, en compensation des charges qui, à ce moment, paraissaient devoir lui incomber, devra naturellement être élevé dans la même proportion que les charges. L'État, sur lequel vont retomber les conséquences pécuniaires des mesures ainsi imposées au concessionnaire, ne peut d'ailleurs se plaindre, puisque ces conséquences eussent également retombé sur lui s'il avait géré directement le service au lieu de le concéder.

Le droit d'intervention de l'État dans la gestion des services publics ne doit cependant pas être illimité. Trouvant sa seule justification dans l'intérêt du public, il doit être strictement limité aux mesures ayant *directement* pour but de sauvegarder cet intérêt.

Dans notre régime, qui est celui de l'omnipotence

parlementaire, dans lequel aucun frein n'est opposé aux empiètements de l'État sur les droits des individus, régime dans lequel, par surcroît, les préoccupations politiques jouent trop souvent le premier rôle, le système que nous venons d'exposer pourra paraître à certains ne pas garantir d'une façon efficace les droits du concessionnaire vis-à-vis de l'État.

En fait, il est probable que la perspective d'avoir à payer aux concessionnaires de grosses indemnités, au cas où il leur imposera de nouvelles charges, rendra l'État plus circonspect dans l'exercice de son pouvoir d'intervention.

Le Parlement s'est montré généreux envers le personnel des grandes Compagnies de chemins de fer, tant qu'il a espéré faire payer par celles-ci les frais d'une popularité qu'il a escomptée bien vainement. Si, comme il est permis de l'espérer, les tribunaux administratifs admettent le recours introduit par ces compagnies à l'occasion des récentes lois des retraites, cette jurisprudence constituera pour les concessionnaires de services publics la garantie la plus efficace contre les empiètements de l'État sur le domaine qui doit leur rester propre.

Vu : le Président de la thèse,

R. JACQUELIN

Vu : le Doyen,

P. CAUWÈS

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.	5
CHAPITRE PREMIER. — <i>Principes généraux du contentieux des recours en indemnité contre un patrimoine administratif</i>	7
Fondement de la responsabilité des patrimoines administratifs	7
Des actes des autorités administratives susceptibles de recours en indemnité	15
Conditions générales d'ouverture du recours en indemnité.	23
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Recours au profit du concessionnaire à l'occasion d'un acte de l'autorité administrative portant atteinte aux droits qu'il tire de son contrat.</i>	25
Remarque préliminaire : distinction du contentieux de la réglementation du contentieux du contrat.	25
A. — Actes pris vis-à-vis d'un tiers en violation d'engagements contractés envers le concessionnaire	27
B. — Actes réglementaires, d'ordre général, rendant plus onéreuses les charges du concessionnaire	43
C. — Intervention de l'autorité administrative dans le fonctionnement d'un service public concédé. Nature juridique de la concession de service public.	46

1 ^o Cas où l'Administration agit en vertu de ses pouvoirs réglementaires.	48
2 ^o Cas où l'Administration agit en vertu des droits qu'elle tient du contrat	80
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Sanctions administratives contre l'inexécution des obligations du concessionnaire. Pouvoirs du juge à l'occasion de ces sanctions.</i>	
Déchéance	82
Sequestre	90
CHAPITRE QUATRIÈME. — <i>Recours au profit du concessionnaire à l'occasion d'un acte législatif.</i> . .	
Principe de l'irresponsabilité de l'État-législateur. Limitation de ce principe	91
A. — Cas où l'État, par une décision du Parlement, supprime ou réduit une de ses obligations contractuelles	104
B. — Cas où la puissance publique édicte une loi d'ordre général dont l'application a comme conséquence de rendre plus lourdes les obligations subjectives d'un individu envers l'État ou de réduire les avantages spécialement reconnus par l'État à un individu.	113
C. — Cas où l'État modifie les conditions du fonctionnement d'un service public concédé. Lois des 21 juillet 1909 et 28 décembre 1911 fixant le régime des retraites des agents des grandes Compagnies de chemins de fer d'intérêt général	118
CHAPITRE CINQUIÈME. — <i>Règles générales de compétence.</i>	136
CONCLUSION	146

